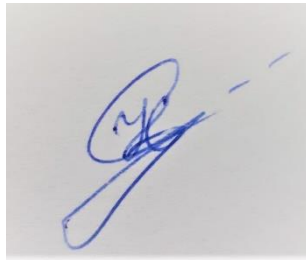


Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Кафедра міжнародного та європейського права

Магістерська робота
освітній ступінь – магістр

на тему: **«ЗУСТРІЧНІ ПОЗОВНІ ВИМОГИ В МІЖНАРОДНОМУ
ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ: ПІДСТАВИ РОЗГЛЯДУ ТА
ПЕРСПЕКТИВИ ЗАСТОСУВАННЯ»**



Виконала: студентка 2-го року
магістерської програми,
Спеціальності 081 Право

Савула Наталія Богданівна

Керівник: Берlach Н.А.,
Доктор юридичних наук,

Рецензент _____

Магістерська робота захищена
З оцінкою «_____»

Секретар ЕК _____

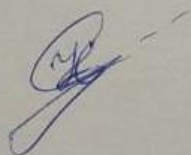
«____» _____ 2021 року

Декларація академічної доброчесності студентки На УКМА

Я, Савула Наталія Богданівна, студентка 2 року
навчання магістерської програми Факультету правових наук,
спеціальність ОБТ Право, адреса ел. пошти: n.savula@ukma.edu.ua

- підтверджую, що мило написана магістерська робота на тему
"Зустрічні позовні вимоги в міжнародному інвестиційному
арбітражі: підстави розмежу та перспективи застосування"
відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить пору-
шень, передбачених пунктами 3.1.4-3.1.6 Положення про академічну
доброчесність здачувань На УКМА від 07.03.2018 року, зі змістом якого
ознайомлена;
- підтверджую, що подана мною електронна версія роботи є актуаль-
ною і готовою до перевірки;
- згодю на перевірку моєї роботи на відповідність критеріям
академічної доброчесності, у будочий спосіб, у тому числі
порівняння змісту роботи та формування звіту погодженої за-
значеною електронної системою Uniscan;
- даю згоду на архівування моєї роботи в репозитаріях та
базах даних університету для порівняння з нині та майбутніх
робіт.

12.05.2021



Савула Н.Б.

ЗМІСТ

ЗМІСТ	2
ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ ТА СКОРОЧЕНЬ.....	4
ВСТУП.....	5
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗУСТРІЧНИХ ПОЗОВНИХ ВИМОГ В МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ	10
1.1. Асиметрична природа інвестиційного права як передумова практичного утвердження інституту зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі.....	10
1.1.1. Еволюція інвестиційних угод. Витоки асиметричної природи інвестиційного права	10
1.1.2. Критика асиметрії інвестиційного права. Рух в напрямку збалансування процесуальної ролі інвестора та держави.....	14
1.2. Поняття та роль зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі.....	19
1.2.1. Характеристика та витоки інституту зустрічних позовних вимог в практиці міжнародних трибуналів	19
1.2.2. Значення утвердження інституту зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі	25
РОЗДІЛ 2. ПРОЦЕДУРНІ АСПЕКТИ РОЗГЛЯДУ ЗУСТРІЧНИХ ПОЗОВНИХ ВИМОГ В ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ.....	30
2.1. Згода сторін на розгляд зустрічних позовних вимог як базис для юрисдикції арбітражного трибуналу	30
2.1.1. Правова природа згоди сторін на розгляд інвестиційного спору арбітражним трибуналом. Механізм надання згоди державою та інвестором.....	30
2.1.2. Способи тлумачення згоди сторін на розгляд інвестиційного спору арбітражним трибуналом та їх вплив на визначення можливості розгляду зустрічних позовних вимог	33
2.1.3. Визначення обсягу згоди сторін на розгляд арбітражним трибуналом зустрічних позовних вимог	37
2.2. Зв'язок з первісною позовною вимогою як критерій прийнятності зустрічних позовних вимог	44

2.2.1. Поняття та стандарт пов'язаності первісної та зустрічної позовних вимог.....	44
2.2.2. Необхідність встановлення та характер фактичного та правового зв'язку між первісною та зустрічною вимогами в інвестиційному арбітражі... ..	47
РОЗДІЛ 3. ПОРУШЕННЯ ОBOB'ЯЗКІВ ІНВЕСТОРА ЯК ПІДСТАВА ЗАЯВЛЕННЯ ЗУСТРІЧНИХ ПОЗОВНИХ ВИМОГ. РЕФОРМА ЗАКРІПЛЕННЯ ОBOB'ЯЗКІВ ІНВЕСТОРА В ІНВЕСТИЦІЙНИХ УГОДАХ..	55
3.1. Правосуб'єктність та джерела обов'язків інвестора за міжнародним інвестиційним правом.....	55
3.1.1. Можливість інвестора нести обов'язки за міжнародним правом	55
3.1.2. Міжнародний звичай та принципи права як джерела обов'язків інвестора.....	57
3.1.3. Міжнародний договір як джерело обов'язків інвестора	60
3.1.4. Інвестиційний контракт та національне право як джерела обов'язків інвестора.....	62
3.1.5. Загальна характеристика та вплив інструментів м'якого права на формування та утвердження обов'язків інвестора	65
3.2. Реформа закріплення обов'язків інвесторів у міжнародних інвестиційних угодах	70
3.2.1. Характеристика нового виду угод з закріпленням прямих обов'язків інвесторів	70
3.2.2. Шляхи впровадження та потенційні наслідки реформи закріплення обов'язків інвесторів в інвестиційних угодах.....	76
ВИСНОВКИ.....	83
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	89

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ ТА СКОРОЧЕНЬ

ЄС	Європейський Союз
КСВ	Корпоративна соціальна відповідальність
МОП (ILO)	Міжнародна організація праці
МЦБІС (ICSID)	Міжнародний центр по врегулюванню інвестиційних спорів
ОЕСР (OECD)	Організація економічного співробітництва та розвитку
ООН	Організація Об'єднаних Націй
ЮНКТАД (UNCTAD)	Конференція ООН з торгівлі та розвитку
ЮНСІТРАЛ (UNCITRAL)	Комісія ООН з права міжнародної торгівлі
с.	сторінка
ч.	частина
п.	пункт, параграф

ВСТУП

Історично міжнародне інвестиційне право покликане надати інвестору низку матеріальних та процесуальних гарантій з метою захисту від протиправних дій держави, в яку інвестор-фізична чи юридична особа інвестує [1, ч. 4.2]. Однак, з поширенням впливу транснаціональних корпорацій та необхідності поширення цілей сталого розвитку обсяг прав держави та інвестора в інвестиційному праві та арбітражному процесі переосмислюється [2, с. 119]. Зокрема, все більше обговорюється необхідність віднайти баланс між правами держави та інвестора, в тому числі і в процесуальному плані. Одним з інструментів для досягнення цієї цілі є практичне утвердження інституту зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі, яке б зробило можливим також і розгляд вимог держав-відповідачів [3, п. 32-45].

Актуальність дослідження. Інститут зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі перебуває в невизначеному стані з часу, коли держава вперше подала зустрічну позовну вимогу, тобто протягом більш ніж 40-ка років [4]. І хоча формально арбітражні регламенти дозволяють подання державами-відповідачами зустрічних позовних вимог, на практиці їх подання за часту є ускладненим, зважаючи на конкретні формулювання інвестиційних угод та відсутність закріплених матеріальних обов'язків інвесторів на рівні міжнародного права. Це, зокрема, підтверджується тим, що лише у двох справах, що базувалися на інвестиційних угодах і де держави заявляли зустрічні позовні вимоги, трибунал визнав порушення зі сторони інвестора і присудив йому сплатити збитки державі [5, 6]. Зустрічні вимоги у інших справах, що базувалися на інвестиційних угодах, були відхилені або через відсутність юрисдикції на їх розгляд, або через неприйнятність вимог, або через відсутність закріплених матеріальних обов'язків інвесторів.

Невизначеність підходів до встановлення юрисдикції трибуналів на розгляд зустрічних вимог та їх прийнятності зумовлює прийняття арбітражними трибуналами взаємо суперечливих підходів до вирішення одних і тих самих

процедурних питань. Крім того, виникає необхідність встановити джерела закріплення обов'язків інвесторів як безпосередню підставу подання зустрічних вимог. В 2020 році ці питання взяла на опрацювання Третя робоча група ЮНКТАДу, що займається реформою механізму вирішення спорів між інвесторами та державами. Станом на сьогодні Третя робоча група лише розпочала свою роботу, визначивши процедурні питання розгляду зустрічних вимог як пріоритет в подальшому дослідженні [3, п. 32-45].

З огляду на вище написане, питання практичного утвердження інституту зустрічних вимог як невід'ємної частини інвестиційного арбітражного процесу сьогодні особливо актуальне. Формування єдиного підходу до питань юрисдикції та прийнятності, а також до юридизації обов'язків інвесторів у міжнародному праві, є ключовим способом сприяння ефективному використанню цього інституту державами, за якими традиційно закріпилася роль відповідачів.

Мета і завдання роботи. Метою цієї роботи є встановлення та вирішення ключових процедурних та матеріальних питань, що безпосередньо впливають на можливість розгляду зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражному провадженні.

Досягнення цієї мети передбачає вирішення наступних завдань:

- Проаналізувати історичний розвиток інвестиційних угод та інвестиційного права загалом, визначити витоки його асиметричної природи;
- Встановити причини необхідності відходу від асиметричного підходу до розуміння інвестиційного права, а також вплив переосмислення ролі інвестиційного права на інститут зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі;
- Проаналізувати поняття, ключові характеристики, історичний розвиток та завдання зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі;

- Охарактеризувати підходи до встановлення юрисдикції арбітражного трибуналу на розгляд вимог сторін, в тому числі зустрічних позовних вимог, виокремити ключові підходи до визначення згоди сторін на розгляд зустрічних вимог як підстави для встановлення юрисдикції трибуналу;
- Охарактеризувати підходи до встановлення прийнятності зустрічних позовних вимог, встановити необхідність наявності зв'язку між первісною та зустрічною вимогою як критерію прийнятності, визначити необхідний ступінь та характер зв'язку між цими вимогами;
- Проаналізувати джерела закріплення обов'язків інвесторів, порушення інвестором яких може слугувати підставою для розгляду зустрічних позовних вимог;
- Охарактеризувати наявні дво- та багатосторонні інвестиційні угоди, що покладають на інвесторів прямі обов'язки щодо здійснення їх діяльності у приймаючій державі;
- Визначити перспективи та шляхи вдосконалення інвестиційних угод в контексті закріплення в них обов'язків інвесторів.

Об'єктом дослідження є зустрічні позовні вимоги в інвестиційному арбітражі, підстави їх розгляду та перспективи застосування.

Предметом дослідження є правове регулювання інституту зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі, що базується, зокрема, на арбітражних правилах провідних арбітражних інституцій, дво- та багатосторонніх інвестиційних угодах, а також на практиці інвестиційних арбітражних трибуналів.

Методи дослідження. При написанні цієї роботи авторка використовувала такі методи:

- *Порівняльно-історичний* для встановлення витоків інвестиційного права та його асиметричної природи;

- *Метод аналізу* для встановлення характеристик зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі, а також підстав для подання цих вимог в арбітражному процесі, а також *метод синтезу* з метою співставлення різних підходів арбітражних трибуналів до вирішення процедурних та матеріальних питань при розгляді зустрічних вимог;
- *Герменевтичний* для встановлення змісту понять, досліджуваних у цій роботі, таких як «зустрічна позовна вимога», «юрисдикція», «пропозиція згоди», «прийнятність», «тісний зв'язок» та інші;
- *Формально-логічний* для структурування матеріалу та ідей авторки цієї роботи, а також для уникнення логічних помилок при викладенні матеріалу.

Характеристика використаних джерел. Основу даного дослідження становлять дво- та багатосторонні інвестиційні угоди, рішення інвестиційних арбітражних трибуналів, а також праці провідних вчених-правників таких як К. Шроєр, Р. Дользер, М. Сорнараджа, К. Маклаклан, Я. Кривой, Д. Атанасова, З. Дуглас, Дж. Салакуз, Ю. Левашова, П. Лалів, Л. Халонен, Х. Кйос, А. Бйорклунд, Ю. Андрєєва, Т. Глесон, П. Дамбері та інші.

Практичне значення дослідження. Дослідження авторки може використовуватися:

- *у науковій сфері*: для наступних досліджень з тематики механізму подання та розгляду зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі;
- *у правозастосуванні*: для розгляду та вирішення зустрічних позовних вимог інвестиційними арбітражними трибуналами;
- *у правотворенні*: для подальшого закріплення можливості подання зустрічних вимог та обов'язків інвесторів безпосередньо у дво- та багатосторонніх інвестиційних угодах;

- *в освітній сфері*: для детальнішого дослідження інституту зустрічних позовних вимог в ході вивчення інвестиційного права та інвестиційного арбітражу на правничих факультетах у вищих навчальних закладах.

Структура роботи. Дана магістерська робота складається зі вступу, переліку умовних позначень та скорочень, трьох розділів, шести підрозділів, шістнадцяти частин підрозділів, висновків та списку джерел. Загальний обсяг роботи складає 114 сторінок.

РОЗДІЛ 1.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗУСТРІЧНИХ ПОЗОВНИХ ВИМОГ В МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

Даний розділ становить вступну частину дослідження питання зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі, допомагаючи зрозуміти мету та важливість утвердження цього інституту в інвестиційному праві на практиці. Розділ описує **(1.1.)** обґрунтування практичного утвердження інституту зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі через призму асиметричної природи інвестиційного права, а також **(1.2.)** поняття та роль зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі.

1.1. Асиметрична природа інвестиційного права як передумова практичного утвердження інституту зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі

Цей підрозділ має на меті покласти основу для розуміння цілей утвердження на практиці інституту зустрічних позовних вимог. У підрозділі спершу **(1.1.1.)** демонструється асиметричний характер інвестиційного права через призму його історії та становлення, а також **(1.1.2.)** пропонується критика асиметричного характеру інвестиційного права та обґрунтовується необхідність відновлення балансу процесуальних ролей інвестора та держави у інвестиційному арбітражному процесі.

1.1.1. Еволюція інвестиційних угод. Витоки асиметричної природи інвестиційного права

Перші ознаки зародження матерії інвестиційного права можна прослідкувати ще у першому тисячолітті нашої ери. Зокрема, у 991 році в Візантії

з метою поширення торгівлі та сприяння дружнім відносинам з іншими державами видавалися документи, які надавали іноземним торговцям гарантії захисту, а також певний обсяг привілеїв щодо ведення торгівлі, наприклад, звільнення від сплати податків. Наявні також згадки, що схожі документи видавав Король Генрі II в 1157 році в Англії. Вони надавали німецьким купцям право проводити торговельну діяльність. Метою надання привілеїв було так само розвинути торгівлю, а також партнерські стосунки з державами, звідки торговці походили [1, ч. 4.2].

Починаючи з XIV століття європейські держави почали вести переговори між собою щодо укладення спеціальних угод, націлених на захист своїх громадян (англ. «*nationals*») закордоном та забезпечення привілеїв для торговців, що провадили свою діяльність у іншій державі. Дані угоди наділяли торговців низкою гарантій, зокрема, щодо забезпечення до них такого ж ставлення як і до громадян приймаючих держав (англ. «*host states*») чи третіх держав, щодо недопущення позбавлення права власності на їх майно тощо. Однак, часто ці угоди слугували засобом більш економічно розвинених держав для експансії менш розвинених [1, ч. 4.2].

В подальшому, у XVIII столітті набуло популярності укладення між державами двосторонніх угод про дружбу, торгівлю та мореплавство (англ. «*treaties of friendship, commerce and navigation*»). Русійною силою укладення цих угод були США. Дані угоди, серед іншого, передбачали гарантії ведення бізнесу у приймаючій державі, зокрема гарантії щодо захисту права власності [7, ч. II.A; 8, с. 300-301], а також щодо доступу до правосуддя у разі порушення прав громадян держави-підписанта у іншій державі [1, ч. 4.2].

У одній з таких угод вперше було передбачено арбітраж як спосіб вирішення спорів у інвестиційній сфері. Тут мова йде про Угоду про дружбу, торгівлю та мореплавство, укладеною між США та Великобританією в 1794 році (англ. «*Treaty of Amity, Commerce and Navigation Between His Britannic Majesty and the United States of America*») [9], що регламентувала можливість створення арбітражних трибуналів для вирішення спорів щодо заборгованості кредиторів-

громадян Великобританії [10, с. 363], які надавали кошти колоністам в США [11, с. 268].

Угоди про дружбу, торгівлю та мореплавство активно розвивалися до Другої світової війни, передбачаючи все вищі стандарти захисту для торговців, зокрема, заборону незаконної експропріації майна громадян іншої договірної сторони [1, ч. 4.2]. Новим поворотом у торгівлі було закінчення Другої світової війни [10, с. 363], після якої держави прагнули встановити всесвітню систему товарообміну та інвестування [1, ч. 4.2].

Угоди про дружбу, торгівлю та мореплавство почали включати стандарти захисту інвесторів більш схожі на сучасні, захист почав поширюватися також і на дочірні компанії інвесторів в приймаючих державах [1, ч. 4.2], а також подекуди був передбачений механізм вирішення спорів між державами перед Міжнародним судом ООН щодо порушення іншою договірною стороною своїх обов'язків за цими угодами [1, ч. 4.2; 10, с. 363].

В колоніальні часи потреба для окремих інвестиційних угод, які б надавали інвестору механізми для самостійного захисту своїх прав, не була нагальною. Це було зумовлене тим, що колонії та їх метрополії було досить тісно пов'язані. Інвестиції ж здійснювалися лише в один бік – з метрополії в колонії, при цьому, пануючи в колоніях, метрополії були очевидно зацікавлені в наданні своїм же громадянам максимального захисту [12, с. 19-20].

Проте, ситуація змінилася в постколоніальний період, коли колонії здобули незалежність від своїх метрополій і постали самостійними повноправними гравцями на міжнародній арені [12, с. 21-22]. Міжнародні угоди про заохочення та захист інвестицій (надалі – *«інвестиційні угоди»*) такі, як ми їх знаємо сьогодні, утвердилися саме в постколоніальний період, починаючи з кінця 1950-х років [7, ч. II.A; 8, с. 301]. З цього часу європейські держави почали укладати двосторонні інвестиційні угоди, які стосувалися суто захисту інвесторів та їх інвестицій, а у разі порушення передбачених гарантій дозволяли інвестору звертатися в арбітраж [1, ч. 4.2; 8, с. 301-302].

Враховуючи історію розвитку інвестиційних угод – від їх попередників до сучасних угод, їх основною метою були лібералізація ринків, налагодження економічних та політичних зв'язків між державами-підписантами, але найголовніше – поширення та захист інвестицій [1, ч. 4.4-4.5]. До укладення сучасної версії інвестиційних угод захист громадян та їх інвестицій закордоном був ускладненим, адже держава, де інвестори провадили свою діяльність, не завжди могла запропонувати належні засоби захисту [13, с. 361] через недотримання судами базових принципів здійснення правосуддя, як от незалежність та неупередженість [14, с. 10-11; 15, с. 35]. Тому, досить часто способом захисту, який залишався в розпорядженні інвесторів у разі порушення їх прав, було звернення до держави походження (англ. «*home state*») з проханням дипломатичного захисту [7, ч. II.A]. В такому випадку, держава походження могла ініціювати провадження проти держави, що порушила права інвестора, перед міжнародним судом чи трибуналом [16, с. 566]. Це, однак, могло зайняти досить довгий час, враховуючи наявність вимоги щодо вичерпання інвестором спершу національних засобів захисту у приймаючій державі [17, с. 4], та не гарантувало успіху, адже держава походження могла вирішити не вступати в спір з іншою державою через загрозу можливого погіршення дипломатичних зносин тощо [14, с. 10].

Крім того, вважається, що інвесторам необхідний вищий ступінь захисту в приймаючій державі з огляду на те, що, як зазначив інвестиційний трибунал у справі *Techmed v. Mexico*,

«іноземний інвестор має обмежену або нульову участь у прийнятті рішень, що впливають на нього, частково тому, що інвестори не мають права реалізовувати політичні права, такі як мають громадяни держави, наприклад, можливість голосувати за органи влади, які прийматимуть рішення, що стосуватимуться інвесторів» [18, п. 122].¹

В свою чергу, укладення інвестиційних угод, які б передбачали право інвестора звернутися в арбітраж і стягнути з держави завдані збитки, було

¹ Тут і надалі переклад іноземної літератури, справ та нормативних джерел здійснений авторкою цієї роботи, Савулою Н.Б., якщо не зазначено інше.

покликане допомогти інвесторам більш ефективно реалізувати свої права і, таким чином, відновити баланс між інвестором та державою, початково встановлений на користь держави [7, ч. II.A; 19, с. 46]. Однак, на думку вчених-правників, укладення інвестиційних угод, які наділяють інвесторів широким колом матеріальних та процесуальних прав, навпаки розбалансували матерію інвестиційного права, переваживши шальки терезів на користь інвесторів, що спричинило його нову асиметрію [7, ч. II.A].

Асиметричний характер інвестиційного права визнаний в науковій літературі [7; 12; 19; 20], серед міжнародної спільноти [21, п. 60], а також в практиці інвестиційних трибуналів [22, п. 659]. Це явище – невід’ємна характеристика, приманна сучасній моделі інвестиційного права [7, ч. II.A; 22, п. 659]. Асиметрія означає, що інвестор користується значним обсягом прав за інвестиційними угодами, і хоча приймаюча держава має також значний арсенал засобів для захисту своєї інтересів (застосування національного законодавства, регуляторні заходи тощо) [23, с. 98], вони у більшості випадків вичерпують свою дію, коли справа доходить до арбітражного розгляду, адже держава-відповідач може висунути вимогу проти інвестора у досить обмежених випадках [4, с. 86-87; 20, с. 6].

1.1.2. Критика асиметрії інвестиційного права. Рух в напрямку збалансування процесуальної ролі інвестора та держави

Протягом останнього десятиліття в академічному колі, а також і на рівні міжнародних організацій все більшого поширення набирає критика асиметричної природи інвестиційного права та бажання його балансувати з урахуванням інтересів усіх зацікавлених сторін [12, с. 225; 24, с. 40-44]. На підтримку цієї позиції можна навести декілька ключових аргументів.

По-перше, широкий спектр гарантій, наданих іноземним інвесторам з метою залучення іноземних інвестицій, може обмежувати право держав регулювати діяльність на своїй території (це явище ще відоме під назвою «*regulatory chill*»)

[24, с. 43]. Зокрема, це стосується положень, які б покладали на інвесторів додаткові обов'язки щодо охорони довкілля, захисту прав людини, протидії корупції тощо. Для того, щоб створити максимально сприятливе середовище для іноземних інвесторів, держави, особливо ті, що розвиваються, утримуються від зміни національного законодавства, якщо воно покладатиме на інвесторів такі додаткові зобов'язання [24, с. 43]. Крім того, держави можуть навіть передбачати в інвестиційних угодах або інвестиційних контактах² положення, що забороняють їм змінювати своє внутрішнє законодавство або застосовувати змінене законодавство до інвестора після того, як він здійснив інвестицію (так звані «*freezing clauses*» або ж «*stabilization clauses*») [25, с. 458-462].

До того ж, небажання держав впроваджувати зміни в національне законодавство може бути породжене не лише прагненням заохотити нові інвестиції, а й побоюваннями необхідності компенсувати часто багатомільйонні збитки вже наявним інвесторам, якщо такі заходи держав тим чи іншим чином впливатимуть на їх діяльність [10, с. 366]. Зокрема, для впровадження політик щодо кліматичних змін ЄС зараз прагне реформувати Договір про Енергетичну Хартію (англ. «*Energy Charter Treaty*»), впровадивши ширші регуляторні можливості для держав і при цьому уникнувши багатомільйонних позовів від компаній, що здійснюють діяльність в нафтогазовій промисловості. Хоча оновлений текст угоди вже запропонований, переговори між державами щодо його затвердження наразі не мають успіху [26].

Особливо сильно асиметрія має негативний вплив на держави, що розвиваються. За часту, коли держави, що розвиваються, укладають двосторонні інвестиційні угоди з розвиненими державами, перші рідко мають можливість впливати на формулювання положень в угодах та обсяг прав, наданих їм як приймаючи державам, а також обсяг прав та обов'язків інвесторів [8, с. 303-304].

² Тут і надалі – інвестиційна угода вживається для позначення міжнародних угод про заохочення та захист інвестицій (двосторонніх та багатосторонніх), а інвестиційний контракт вживається для позначення договорів, укладених безпосередньо між інвестором та державою (договори концесії тощо).

У зв'язку з тим, що держави, що розвиваються, не завжди мають розроблені власні модельні угоди, вони змушені приймати ті положення, що передбачені в модельних угодах розвинених держав, з якими вони ведуть переговори щодо укладення інвестиційних угод [8, с. 304].

По-друге, великі транснаціональні корпорації, які часто виступають в ролі іноземних інвесторів, отримують все більший і більший вплив на міжнародній арені, впливаючи на рішення урядів [27], в тому числі і в державах, що розвиваються [24, с. 43]. Останні, щоб отримати прибутки, можуть ігнорувати негативний вплив діяльності інвесторів, по суті даючи їм зелене світло на завдання шкоди довкіллю чи життю місцевого населення [12, с. 228; 24, с. 42-44; 28, с. 12]. Яскравим прикладом, зокрема, може слугувати теперішня ситуація в Уганді, пов'язана з видобутком нафти французькою компанією *Total*, якій уряд Уганди дозволив пробурити більше ніж 400-та нафтових вишок в національному природньому парку та переселити частину корінного населення з земель, які вони населяли споконвіку [29]. Так само, діяльність з видобутку нафти компаній *Chevron* та *Texaco* в Еквадорі спричинила переселення корінного населення, забруднення довкілля, в тому числі, лісів в межах річки Амазонки, а також значного погіршення здоров'я місцевого населення у зв'язку з поширенням, в тому числі, випадків онкологічних захворювань, спричинених токсинами [30; с. 51].

Не можна також оминати увагою і те, що в бізнес-діяльності підприємці зазвичай прагнуть мінімізувати витрати з метою підвищення прибутку. Неможливість державами, що розвиваються, забезпечити належні стандарти на національному рівні, а також відсутність відповідних стандартів на міжнародному рівні, які б зобов'язували міжнародні компанії дотримуватися базових прав людини та стандартів праці, є на руку корпораціям, що зазвичай прагнуть уникнути додаткових витрат [12, с. 225]. Однак, це може призводити до непоправних наслідків для місцевого населення таких держав. Наприклад, у зв'язку обвалом будівлі Рана Плаза в Бангладеші в 2013 році загинуло більше ніж 1000 осіб і було поранено більше ніж 2 500 осіб [31]. Дана будівля була

побудована для місцевих працівників великих транснаціональних текстильних корпорацій з порушенням будівельних вимог, що і призвело до фатальних наслідків [32].

По-третє, асиметрія інвестиційного права також означає відсутність ефективних механізмів для притягнення до відповідальності міжнародних компаній і, як результат, уникнення ними відповідальності, в тому числі, і щодо відшкодування збитків особам, які постраждали від їхньої діяльності [21, п. 57; 30, с. 52-53]. Трапляються ситуації, коли в національних судах притягнення транснаціональних корпорацій до відповідальності стає надзвичайно утрудненим через їх розгалужене структурування та застосування доктрини розмежування правосуб'єктності материнської та дочірньої компаній (англ. «*doctrine of corporate separate legal personality*») [30, с. 52].

Наприклад, у зв'язку з трагедією в індійському місті Бопалі, спричиненою викидом токсичних речовин з заводу дочірньої компанії *Union Carbide Company*, жертвам трагедії так і не вдалося притягнути до відповідальності компанію та домогтися відшкодування збитків у зв'язку з шкодою, заподіяною їх здоров'ю. В цей же час, постраждалі від діяльності компаній *Chevron* і *Texaco* попри задоволення позову проти цих компаній в еквадорських судах та присудження обов'язкових виплат жертвам у сукупному розмірі більш ніж 9 млрд. доларів не змогли домогтися виконання цього рішення в Канаді [30, с. 52].

Д. Гаукроджер у консультативному висновку, підготованому Секретаріатом ОЕСР, також зауважує неефективність національних механізмів забезпечення відшкодування шкоди жертвам діяльності міжнародних корпорацій, в той час як відшкодування значних сум збитків є однією з ключових рис механізму вирішення спорів між інвестором та державою [21, п. 57-58]. Станом на сьогодні можна спостерігати певні зрушення у цьому питанні, зокрема, беручи до уваги нещодавні зміни до законодавства у Франції, що передбачають можливість притягнення до відповідальності материнської компанії за дії її дочірніх компаній закордоном, але це наразі радше виняток з правила, ніж усталена практика [33].

По-четверте, міжнародні інвестиційні трибунали часто вирішують справи, що торкаються глобальних питань суспільного значення в приймаючій державі, як от довкілля, публічне здоров'я, життя корінного населення тощо. Тим не менш, суспільні інтереси, на жаль, не завжди враховуються належним чином в арбітражному процесі [14, с. 13; 20, с. 6-7].

Відхід від класичного розуміння інвестиційного права слід оцінювати в розрізі переосмислення підходів міжнародної спільноти до досягнення економічного розвитку [34, с. 10]. Зараз, перебуваючи в постіндустріальній епосі, наявне глибше розуміння того, що економічний розвиток повинен бути сталим, він не має досягатися за рахунок нехтування охороною довкілля чи захистом прав людини. Зокрема, такий підхід був закріплений в 2015 році Генеральною Асамблеєю ООН, шляхом прийняття резолюції № 70/1 «Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року», у якій були закріплені 17-ть цілей сталого розвитку [35].

Природньо, що цілі сталого розвитку також знайшли своє відображення і у новому підході до заохочення і захисту іноземних інвестицій. Зокрема, на початку 2020 року Генеральна Асамблея ООН прийняла резолюцію № 74/199 «Заохочення інвестицій для сталого розвитку», де, зокрема, наголосила на важливості враховувати екологічні та соціальні фактори для інвесторів при здійсненні своєї діяльності, а також закликала держав заохочувати такі практики на національному рівні [36].

Як вже зазначалося вище, з метою зміни напрямку розвитку інвестиційного права в рамках ООН було створено Третю робочу групу ЮНКТАДу, яка займається реформою системи вирішення спорів між інвесторами та державами. Зараз Третя робоча група ЮНКТАДу працює, серед іншого, над питанням усунення асиметрії інвестиційного права через збалансування прав та обов'язків інвесторів та приймаючих держав [3, п. 32-45]. Зокрема, як наголосила Третя робоча група своєму звіті від 2020 року, *«[о]сновне занепокоєння викликає те, що інвестиційні угоди покладають зобов'язання на приймаючі держави, тоді як*

на інвесторів не покладаються жодні або дуже обмежені зобов'язання» [3, п. 35].

Як бачимо, надання інвестору широкого спектру матеріальних, а також процесуальних прав викликає жваву дискусію серед міжнародної спільноти щодо шляхів відновлення балансу сторін в інвестиційному праві та арбітражному процесі. Однією з ключових пропозицій в цьому контексті, яку в тому числі розглядає і Третя робоча група ЮНКТАДу, є саме збалансування процесуальної ролі інвестора та держави, зробивши механізм подання зустрічних позовних вимог в арбітражному провадженні більш ефективним [3, п. 32-45].

1.2. Поняття та роль зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі

Даний підрозділ покликаний надати загальну характеристику інституту зустрічних позовних вимог в арбітражному провадженні, а також продемонструвати важливість його практичного застосування на міжнародному рівні. З цією метою підрозділ надає **(1.2.1.)** огляд характеристики та витоків інституту зустрічних позовних вимог в практиці міжнародних трибуналів, а також **(1.2.2.)** демонструє значення розгляду зустрічних позовних вимог саме для міжнародного інвестиційного арбітражу.

1.2.1. Характеристика та витоки інституту зустрічних позовних вимог в практиці міжнародних трибуналів

Правничий словник Меріам-Вебстер визначає поняття «зустрічна позовна вимога» як *«позов, пред'явлений відповідачем до позивача в судовому процесі»* [37]. На думку професорки Х. Кйос, зустрічна позовна вимога – це вимога відповідача, що подається в арбітражному процесі до позивача та носить самостійний характер [38, с. 4]. Практикуючі арбітри М. Прайлс та Дж.

Вайнкімер визначають зустрічну вимогу наступним чином: «*[...] вимога, подана відповідачем [...] до позивача, що не залежить від первісної вимоги*» [39, с. 12]. Вчені-правники Д. Атанасова, К. Мартінес-Бенуа та Дж. Остранський визначають зустрічну позовну вимогу як вимогу, що подається відповідачем на противагу первісному позову і виражає прагнення відповідача притягнути позивача до відповідальності, радше ніж захиститися від первісних вимог позивача [40, с. 1].

Аналізуючи практику міжнародних трибуналів та праці вчених-правників можна виокремити наступні ключові риси, що характеризують зустрічні позовні вимоги.

По-перше, зустрічна вимога носить самодостатній характер стосовно первісної позовної вимоги [41, с. 424; 42, п. 19; 43, п. 18]. Навіть якщо щодо первісної вимоги було відмовлено у розгляді з тих чи інших причин, це не означає, що розгляд зустрічної позовної вимоги має бути теж припинений [39, с. 12].

По-друге, зустрічна вимога не носить характер механізму захисту від первісної вимоги [39, с. 12; 40, с. 1; 44, с. 380]. Її метою не є домогтися відхилити первісну вимогу по суті та уникнути притягнення до відповідальності через доведення відсутності порушень з боку відповідача чи застосування таких конструкцій як обставини, що виключають протиправність діяння тощо [14, с. 6]. Як було зазначено Міжнародним судом ООН, «*[...] мета зустрічного позову полягає в розширенні предмету первісного спору шляхом переслідування інших цілей, ніж простого відхилення позовних вимог позивача [...]*» [45, п. 27]. Натомість, вона слугує самостійною вимогою, покликаною притягнути іншу сторону у спорі до відповідальності, так само як і первісна вимога [39, с. 12; 40, с. 1].

Звісно, не слід забувати і те, що подання зустрічної вимоги може слугувати радше тактичним ходом з метою зменшення суми стягнення за первісною вимогою чи для представлення позивача в негативному світлі перед арбітражним трибуналом. Тим не менш, приховані цілі, яких прагне досягти відповідач при

поданні зустрічної вимоги, не повинні впливати на її характеристики як правового інституту [14, с. 7].

По-третє, зустрічна вимога має бути пов'язана з первісною вимогою [42, п. 19; 43, п. 18; 45, п. 27]. Недоцільно розглядати вимоги разом, якщо вони не матимуть ніякого зв'язку. Це, в свою чергу, буде суперечити інтересам правосуддя, процесуальній ефективності та економії часу сторін у спорі. Як влучно зазначив суддя Міжнародного суду ООН, Ш. Ода, «[н]ам не слід просто класти те, що спочатку було окремими питаннями, в одну посудину без ретельного вивчення суті цих вимог» [46, с. 215].

І остання, але не менш важлива характеристика зустрічних позовних вимог, – сторони при розгляді зустрічної вимоги та первісної вимоги мають бути ідентичними [47, п. 49].

Таким чином, враховуючи вище описані ознаки, можна підсумувати, що зустрічна позовна вимога – це вимога, що подається відповідачем проти позивача у спорі, носить самостійний характер по відношенню до первісної позовної вимоги, але, тим не менш, має бути з нею пов'язана.

Загалом, подання зустрічних позовних вимог є загально прийнятим правом відповідача в процесі у всіх країнах світу [40, с. 1]. З національного процесуального права право на подання та розгляд зустрічних вимог перекочувало на міжнародний рівень, ставши частиною правил розгляду спорів перед міжнародними трибуналами [48, п. 4]. Зокрема, можливість розгляду зустрічних позовних вимог знайшла своє відображення у правилах розгляду спорів спершу перед Постійною палатою міжнародного правосуддя (англ. «*Permanent Court of International Justice*») (статті 39-40) [49], потім перед Міжнародним судом ООН (стаття 80) [50], а також Міжнародним трибуналом з морського права (англ. «*International Tribunal for the Law of the Sea*») (стаття 98) [51] тощо.

Як зазначають Д. Атанасова, К. Мартінес-Бенуа та Дж. Остранський, можливість розгляду зустрічних позовних вимог була передбачена в процедурі розгляду перших міждержавних *ad hoc* арбітражних трибуналів ще в кінці XIX

століття [40, с. 2]. Це, зокрема, стосується справи стосовно полювання на тюленів в Беринговому морі між США та Сполученим Королівством (англ. «*Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals*») [52]. Арбітражна угода між державами чітко встановлювала можливість передачі відповідачем на розгляд арбітражному трибуналу своїх вимог, якщо вони пов'язані з предметом первісних позовних вимог, чим у цій справі і скористалося Сполучене Королівство [40, с. 2; 52].

Зустрічні позовні вимоги також розглядалися і арбітражними трибуналами у справі щодо пароплаву «Карфаген» (англ. «*the "Carthage" case*») [53] та справі щодо пароплаву «Мануба» (англ. *the "Manouba" case*) [54] між Францією та Італією, що розглядалися в Постійній палаті третейського суду (англ. «*Permanent Court of Arbitration*») в 1913 році [55, с. 19-20]. У цих справах зустрічні позовні вимоги були розглянуті навіть незважаючи на те, що угода про передачу цих спорів в арбітраж такої можливості не передбачала [55, с. 20]. В подальшому, зустрічні позовні вимоги використовувалися як частина арбітражного процесу трибуналів, що вирішували спори, які виникли в контексті Першої світової війни [40, с. 3].

Можливість подання зустрічних позовних вимог також була чітко передбачена в статті 19 Арбітражних правил Ірансько-американського арбітражного трибуналу (англ. «*Iran–United States Claims Tribunal*») [56]. Даний арбітражний трибунал був створений в 1981 році як один з кроків для розв'язання кризи у відносинах між США та Іраном, націлений на розгляд вимог американських та іранських інвесторів, які здійснювали свою діяльність в Ірані та США відповідно [57].

Зокрема, частина 1 статті 2 Алжирських угод передбачала створення арбітражного трибуналу, який наділявся компетенцією щодо «[...] вирішення позовів громадян Сполучених Штатів до Ірану та позовів громадян Ірану до Сполучених Штатів, а також будь-якого зустрічного позову, що впливає з

цього ж договору, трансакції чи події, що становлять предмет позову цього громадянина» (виділення додане) [58].

Також, частина 3 статті 19 Арбітражних правил передбачала, що «[...] відповідач може подати зустрічний позов [...], якщо подання такого зустрічного позову [...] дозволено згідно з Декларацією про врегулювання спорів» [56]. Враховуючи те, що Ірансько-американський арбітражний трибунал розглядав також і зустрічні позовні вимоги держав-відповідачів, його практика до сих пір використовується і сучасними інвестиційними трибуналами [47, п. 69-76; 59, п. 690-691, 695].

В контексті сучасного стану розвитку інвестиційного арбітражу, незважаючи на те, що, як передбачалося вище, інвестиційне право початково покликане наділити інвестора правом подати позов проти приймаючої держави, це не означає, що зустрічна вимога в принципі не може бути розглянута арбітражним трибуналом. Більшість чинних арбітражних регламентів чітко передбачають можливість розгляду зустрічних вимог [3, п. 34].

Наприклад, стаття 46 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (англ. «*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*») (надалі – «**Вашингтонська конвенція**»), що регламентує діяльність МЦВІС, передбачає, що «[я]кщо сторони не домовились про інше Арбітраж на вимогу однієї з сторін приймає рішення стосовно додаткових або зустрічних вимог, пов'язаних безпосередньо з предметом спору, при умові, що це відповідає згоді сторін та порядку вирішення спорів і компетенції Центру» [60]. Схоже положення міститься і у частині 1 статті 40 Арбітражного регламенту МЦВІС [61, с. 118]. До того ж, у звіті Виконавчих директорів Міжнародного банку з реконструкції та розвитку стосовно Вашингтонської конвенції вказується, що «Конвенція дозволяє ініціювати справи як приймаючими державами, так і інвесторами, і виконавчі директори постійно мали на увазі, що положення Конвенції повинні бути однаково адаптовані до вимог обох випадків» [61, с. 41].

Так само, Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (в редакції від 2013 року) у частині 3 статті 21 передбачає, що «[у] відзиві або на більш пізній стадії арбітражного провадження, [...], відповідач може подати зустрічний позов [...] за умови, що арбітражний трибунал має юрисдикцію над вимогами» [62]. Можливість подання зустрічних вимог також згадується в Арбітражному регламенті Арбітражного інституту Стокгольмської торговельної палати (англ. «*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*») [63], що спеціалізується на вирішенні, в тому числі, й інвестиційних спорів [64].

Найпершою відомою справою в міжнародному інвестиційному арбітражі, де розглядалися зустрічні позовні вимоги була справа *Adriano Gardella v. Cote D'Ivoire*, у якій інвестор подав позов проти Кот-д'Івуару у зв'язку з порушенням останнім умов інвестиційного контракту [4, с. 92-93]. Як можна зробити висновок з уривків арбітражного рішення від 1977 року, що є у вільному доступі, Кот-д'Івуар подав зустрічну позовну вимогу проти позивача через завдання йому збитків [65]. Хоча арбітражний трибунал визнав наявність юрисдикції на розгляд зустрічної вимоги, вона була відхилена на стадії розгляду по суті [4, с. 92-93; 65].

Ще однією «ранньою» справою, де розглядалися зустрічні позовні вимоги, була справа *Benvenuti v. Republic of Congo*, рішення у якій було прийняте в 1980 році [4, с. 94-96]. У цій справі Конго подала зустрічну вимогу на підставі завдання реальних збитків за порушення умов інвестиційного контракту, а також упущеної вигоди [66, п. 4.101]. З посиланням на частину 1 статті 40 Арбітражного регламенту МЦВІС трибунал визнав, що компетентний розглядати зустрічні вимоги, враховуючи, що вони «*безпосередньо стосуються предмету спору*», а також те, що позивач не оспорював можливість розгляду зустрічних вимог в ході арбітражного провадження [66, п. 4.104]. Тим не менш, трибунал не задовольнив зустрічні вимоги по суті, посилаючись, в тому числі, на недостатність доказів для доведення порушення інвестором умов інвестиційного контракту [66, п. 4.105-4.123].

В подальшому, зустрічні позовні вимоги були предметом розгляду у таких справах як *Amco v. Indonesia* [67], *RSM Production Corporation v. Grenada* [68],

що як і дві вище описані базувалися на інвестиційних контрактах [4, с. 92-93, 105-108].

Протягом останніх п'ятнадцяти років прослідковується тенденція щодо подання державами зустрічних позовних вимог на підставі інвестиційних угод між державою походження інвестора та приймаючою державою. Серед таких справ можна виокремити справи *Saluka v. Czech Republic* [47], *Spyridon Roussalis v. Romania* [69], *Russoro Mining v. Venezuela* [70], *Oxus Gold v. Uzbekistan* [71], *David Aven v. Costa Rica* [72], *Urbaser v. Argentine Republic* [73] тощо (про ці та інші справи див. детальніше у Розділі 2 та Розділі 3 цієї роботи).

Однак, станом на зараз лише дуже обмежене коло інвестиційних угод чітко передбачає можливість подання та розгляду зустрічних вимог [74; 75]. Річ у тім, що, інвестиційні угоди, укладені до 2012 року, яких є більша частина, не містять вказівки про можливість подання зустрічних позовних вимог, враховуючи закріплення в них суто прав інвесторів [76, с. 2-3; 3, п. 35]. Ідея закріплення можливості подання зустрічних позовних вимог прямо в інвестиційних угодах була досить неординарною, враховуючи загальну тенденцію поширення інвестицій під егідою руху капіталів, глобалізації та загального процвітання внаслідок масового інвестування [30, с. 53, 60]. Тим не менш, враховуючи просування цілей сталого розвитку, а також негативні наслідків, завданих діяльністю інвесторів, питання зустрічних позовних вимог постало на порядку денному [77, 78].

1.2.2. Значення утвердження інституту зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі

Подання та розгляд зустрічної та первісної позовних вимог в одному провадженні в інвестиційному арбітражі зумовлене кількома цілями.

Перш за все, спільний розгляд первісної та зустрічної вимог забезпечує ефективність відправлення правосуддя [45, п. 30; 79, п. 392]. Розгляд зустрічних вимог дозволяє сторонам в провадженні зекономити грошові, а також часові

витрати, якщо б приймаюча держава ініціювала окремий позов проти інвестора в національних судах [44, с. 380; 80, с. 475-476]. До того ж, ефективний механізм подання зустрічних вимог може потенційно зменшити бажання держав-відповідачів подавати заперечення щодо наявності юрисдикції арбітражного трибуналу, що, в свою чергу, може значно зменшити час розгляду арбітражної справи [80, с. 476]. Це особливо актуально, враховуючи можливість поділу арбітражного провадження (англ. «*bifurcation*») на стадію вирішення питання юрисдикції та розгляду по суті [81, с. 18].

По-друге, як зазначив арбітр М. Рейсман у своїй декларації у справі *Spyridon Roussalis v. Romania*, розгляд зустрічних позовних вимог має позитивне значення як і для приймаючої держави, так і для інвестора, адже забезпечує розгляд вимог перед незалежним та неупередженим органом – арбітражним трибуналом. Це, в свою чергу, слугує втіленням бажання інвестора уникнути розгляду справи в національних судах приймаючої держави, чого він сам і прагнув, подаючи позов в інвестиційний арбітраж [194].

По-третє, розгляд зустрічних вимог тим самим арбітражним трибуналом, що і первісної вимоги, сприяє узгодженості рішень [38, с. 7; 44, с. 380; 45, п. 30]. Натомість, якщо такі вимоги будуть розглядатися різними органами, це може призвести до різної оцінки ними фактичних обставин та правових норм. В цьому контексті також слід зазначити, що розгляд зустрічних позовних вимог допоможе уникнути ініціювання паралельних проваджень перед різними органами вирішення спорів [3, п. 34; 82], що можуть впливати як на час розгляду спору, так і на узгодженість рішень [83, с. 96-97]. До того ж, розгляд первісної та зустрічної вимоги в одному провадженні допомагає трибуналу краще зрозуміти всі обставини справи та спір загалом [44, с. 380].

По-четверте, можливість розгляду зустрічних вимог сприяє утвердженню верховенства права [15, с. 36]. Зокрема, більша відкритість арбітражних трибуналів до розгляду зустрічних позовних вимог посприяла б досягненню у арбітражному провадженні рівності сторін у доступі до правосуддя, що є невід'ємним елементом верховенства права, як визначено Венеціанською

комісією [84], а також Резолюцією Генеральної асамблеї ООН № 67/1 «Декларація засідання Генеральної Асамблеї високого рівня з питань верховенства права на національному та міжнародному рівнях» від 2012 року [15, с. 36; 85, п. 14]. Крім того, як зазначив, зокрема, трибунал у справі *Société Générale de Surveillance (SGS) v. Pakistan*, принцип рівності сторін був би порушений, якщо механізм вирішення спорів дозволяв лише інвестору заявляти вимоги проти приймаючої держави, а остання б не могла зробити те саме [86, с. 302].

По-п'яте, можливість подання зустрічних вимог може сприяти усуненню подекуди підозрілого ставлення держав до інвестиційного арбітражу та навпаки заохотить їх обирати саме цей інститут як спосіб вирішення спорів з інвесторами. Річ у тім, що, на думку певних урядів держав, інвестиційні арбітражні трибунали, особливо ті, що сформовані через МЦВІС, свідомо чи несвідомо при вирішенні спорів більше схильються до позиції інвестора. Зокрема, через такі упередження Венесуела, Болівія та Еквадор денонсували Вашингтонську конвенцію, по суті заморожуючи можливість захисту інвесторами своїх прав за низкою інвестиційних угод, де лише МЦВІС був зазначений як арбітражна інституція [87, с. 1; 88]. В свою чергу, чітка можливість подання зустрічних вимог продемонструвала б приймаючим державам, що їх інтереси також можуть бути враховані інвестиційним трибуналом належним чином, що вони можуть стягнути збитки з інвестора або ж домогтися зменшення збитків, про стягнення яких просить інвестор, якщо для цього наявні обґрунтовані підстави.

І останнє, але не менш важливе, – можливість подання зустрічних вимог буде слугувати важливим кроком для збалансування інвестиційного права [38, с. 7; 80, с. 462].

Таким чином, можемо спостерігати, що практичне утвердження інституту зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі матиме надзвичайно важливе значення як для держав, що виступають відповідачами, так і для позивачів-інвесторів, адже розгляд зустрічних і первісних вимог, серед іншого, сприятиме ефективності здійснення правосуддя, узгодженості

арбітражних рішень, вирішення спорів між сторонами незалежним та неупередженим органом, а також утвердженню верховенства права через забезпечення доступу приймаючих держав до правосуддя.

* * *

Історичний розвиток системи інвестиційного права зумовив його асиметрію: в той час як інвестору надається широкий спектр гарантій за інвестиційними угодами та право ініціювати арбітражне провадження в односторонньому порядку, врахування інтересів приймаючих держав часто здійснюється непропорційно. Страх ініціювання інвесторами арбітражних проваджень може демотивувати приймаючих держав належно регулювати діяльність на своїй території. В свою чергу, утвердження інституту подання зустрічних позовних вимог на практиці покликане вирівняти процесуальне становище інвестора та держави, дозволяючи останній подати зустрічну вимогу проти інвестора у разі порушення ним своїх зобов'язань. Хоча цей інститут подекуди використовується в інвестиційному арбітражі, на практиці його застосування носить доволі спорадичний характер, а задоволення таких вимог є швидше рідкістю, ніж звичайним явищем [4; 89, п. 60].

За своєю суттю, зустрічна позовна вимога – це вимога, що подається відповідачем в арбітражному провадженні незалежно від первісного позову, але все ж має бути з ним пов'язана. Практична імплементація інституту зустрічних позовних вимог матиме значний вплив на інвестиційний арбітраж, забезпечуючи ефективність відправлення правосуддя, сприяючи відсутності конфліктуючих рішень з одних і тих самих питань різними інституціями, утвердженню верховенства права, а також покращуючи імідж інвестиційного арбітражу як способу вирішення спорів з інвесторами серед приймаючих держав.

Зважаючи на всю важливість питання зустрічних позовних вимог, наявні декілька проблем, що негативно впливають на використання цього інституту на практиці. Це, по-перше, неузгодженість підходів арбітражних трибуналів до вирішення процедурних питань, а саме юрисдикції на розгляд та прийнятності

зустрічних позовних вимог, та, по-друге, відсутність належної юрисдикції обов'язків інвесторів на рівні міжнародного права [89, п. 57]. Про ці два ключові аспекти, процедурний та матеріальний, буде йтися далі у Розділі 2 та Розділі 3 відповідно.

РОЗДІЛ 2.

ПРОЦЕДУРНІ АСПЕКТИ РОЗГЛЯДУ ЗУСТРІЧНИХ ПОЗОВНИХ ВИМОГ В ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

Даний розділ описує процедурні аспекти розгляду зустрічних позовних вимог, а саме **(2.1.)** згоду інвестора та держави на розгляд зустрічних позовних вимог як базис для юрисдикції арбітражного трибуналу, а також **(2.2.)** зв'язок з первісною позовною вимогою як критерій прийнятності зустрічних позовних вимог.

2.1. Згода сторін на розгляд зустрічних позовних вимог як базис для юрисдикції арбітражного трибуналу

З метою належного розуміння механізму надання згоди на вирішення зустрічних вимог як підстави для юрисдикції арбітражного трибуналу у цьому підрозділі буде аналізуватися **(2.1.1.)** правова природа згоди на вирішення інвестиційного спору арбітражним трибуналом та механізм надання згоди державою та інвестором, **(2.1.2.)** способи тлумачення згоди держави та інвестора на передання спору інвестиційному трибуналу та вплив способів тлумачення інвестиційних угод на можливість розгляду зустрічних позовних вимог, а також **(2.1.3.)** встановлення обсягу згоди сторін на розгляд арбітражним трибуналом зустрічних позовних вимог.

2.1.1. Правова природа згоди сторін на розгляд інвестиційного спору арбітражним трибуналом. Механізм надання згоди державою та інвестором

Згода сторін на вирішення спору є «*наріжним каменем*» для його розгляду у міжнародному інвестиційному арбітражі [61, с. 43] та є однією з умов наявності юрисдикції трибуналу на вирішення конкретного спору [90, п. 7.18; 91, с. 151].

При цьому, ключовим критерієм є те, щоб згода була настільки чітко вираженою, щоб можна було зробити висновок, що сторони справді погодилися віддати конкретний спір чи спори, які виникатимуть в майбутньому, на розгляд інвестиційному трибуналу [92, с. 5-6].

Згода на вирішення спору може бути виражена, наприклад, у інвестиційному контракті, укладеному між інвестором та державою [61, с. 43; 92, с. 7-9]. У такий контракт сторони можуть включити арбітражне застереження, де буде передбачатися, що будь-які спори щодо цього контракту передаватимуться на вирішення в інвестиційний арбітраж [92, с. 7-9].

Тим не менш, згода сторін не обов'язково має міститися в єдиному документі. Наприклад, як зазначається у Звіті виконавчих директорів Міжнародного банку з реконструкції та розвитку стосовно Вашингтонської конвенції, держава *«[...] може у своєму законодавстві про заохочення інвестицій запропонувати передавати спори, що виникають щодо певних видів інвестицій, до юрисдикції Центру [МЦВІС – прим. авт.], а інвестор може дати свою згоду, прийнявши пропозицію в письмовій формі»* (виділення додане) [61, с. 43]. Таким чином, держава як сторона у арбітражному провадженні також може передбачити одностороннє вираження згоди на вирішення спорів у своєму національному законодавстві [93, п. 116]. Такі положення, зокрема, містяться в законодавстві Кот Д'Івуару, Центральної Африканської Республіки, Мавританії, а також Камеруну, Замбії та Казахстану [92, с. 11].

Крім того, пропозиція вирішення спорів з інвестором в міжнародному інвестиційному арбітражі також передбачається в міжнародних інвестиційних угодах. До прикладу, у частині 1 статті 8 Угоди між Словацькою Республікою та Україною про заохочення і взаємний захист інвестицій від 2007 року (вступила в силу в 2009 році), передбачається, що *«[б]удь-який спір, що виникає внаслідок здійснення інвестицій між однією Договірною Стороною та інвестором іншої Договірної Сторони, має бути врегульований шляхом консультацій та переговорів між сторонами спору»*, а якщо ж таким чином спір не зможе бути

вирішеним, то він може передаватися за вибором інвестора, в тому числі, і в інвестиційний арбітраж згідно з частиною 2 цієї статті [94].

Як підсумовує Ю. Андрєєва, такого роду положення в академічних колах та в арбітражній практиці називають «*пропозиція згоди*», «*пропозиція юрисдикції*», «*пропозиція про арбітраж*» тощо [95, с. 138-139].

Їх суть полягає у тому, що передбачаючи положення про вирішення спорів між інвестором та державою в інвестиційній угоді, держави надають свою односторонню пропозицію згоди на вирішення майбутніх спорів в інвестиційному арбітражі [96]. Допоки інвестиційна угода є дійсною, дійсною залишається і пропозиція держави, якщо сторони не передбачили інше в самій угоді [92, с. 25]. Крім того, навіть якщо держава вирішує припинити дію інвестиційної угоди, її положення ще можуть діяти протягом певного періоду часу, наприклад 10-15 років, з метою захисту вже існуючих інвестицій (так звані «*sunset clauses*») [97].

У свою чергу, для того, щоб сформувалася взаємна згода і, відповідно, спір міг бути вирішений інвестиційним трибуналом, пропозиція згоди має бути «*довершеною*» (англ. «*perfected*») інвестором [91, с. 258]. Іншими словами, інвестор повинен прийняти відповідну пропозицію держави [98, с. 836-837]. Прийняттям такої пропозиції може слугувати, наприклад, чітке і однозначне зазначення про це під час передання спору на розгляд або під час письмової комунікації з приймаючою державою чи зазначення про згоду на вирішення майбутніх спорів в заявці на отримання інвестиційної ліцензії [92, с. 14; 96, с. 358] тощо.

Однак, як правило, інвестор приймає пропозицію держави і виражає свою згоду через подання заяви про арбітраж у відповідну арбітражну інституцію, що сигналізує про початок арбітражного провадження [99, с. 186-187; 100, п. 409]. Як зазначає професор К. Шроєр з посиланням на практику інвестиційних трибуналів, подання заяви про арбітраж є більш ніж достатньо для того, щоб згода на вирішення спору була сформована, за умови, що інвестиційна угода не

передбачає іншого [96, с. 358; 98, с. 834]. Як зазначив трибунал у справі *Generation Ukraine v. Ukraine*,

«[...] чітко встановлено те, що інвестор може прийняти пропозицію держави щодо арбітражу МЦВІС, що міститься у двосторонній інвестиційній угоді, розпочавши провадження у справі. У двосторонній інвестиційній угоді немає нічого, що передбачає, що інвестор повинен повідомляти свою згоду в іншій формі безпосередньо державі [...]» [101, п. 12.2].

Підсумовуючи, згода сторін на вирішення спору в міжнародному інвестиційному арбітражі є першим, що має встановити арбітражний трибунал для наявності юрисдикції та, відповідно, можливості вирішити спір в принципі. Така згода може бути виражена як в одному інструменті (наприклад, інвестиційний контракт між інвестором та державою), так і в кількох інструментах, документах чи діях інвестора та держави. Найбільш поширений спосіб вираження згоди держави – це включення відповідної пропозиції на арбітраж у інвестиційну угоду з іншою державою. При цьому, згода між сторонами вважається досягнутою, якщо інвестор її акцептує, наприклад, шляхом подання заяви про арбітраж.

2.1.2. Способи тлумачення згоди сторін на розгляд інвестиційного спору арбітражним трибуналом та їх вплив на визначення можливості розгляду зустрічних позовних вимог

Для того, щоб визначити, чи згода на арбітраж мала місце, а також який обсяг цієї згоди, слід протлумачити саме положення відповідної інвестиційної угоди, що стосуються порядку вирішення спорів між інвестором та державою [98, с. 837-839]. Річ у тім, що інвестиційна угода є першочерговим джерелом для визначення «*пропозиції на арбітраж*», вираженої державою [38, с. 14], а інвестор може лише або прийняти її цілком, або не приймати взагалі, прийняття ж певного обсягу спорів і відкидання інших інвестором не допускається [90, п. 7.30; 103, п. 1425].

З огляду на те, що, як правило, положення інвестиційних контрактів чіткіші стосовно можливості подання зустрічних вимог, аніж положення інвестиційних угод [4, с. 111-114], у цьому підрозділі буде більш детально розглянуто способи тлумачення положень саме інвестиційних угод, хоча ці способи можна застосувати і щодо інвестиційних контрактів за аналогією.

Враховуючи, що інвестиційна угода за своєю суттю є міжнародним договором, до її тлумачення застосовуються положення Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 1969 року (англ. «*Vienna Convention on the Law of Treaties*») (надалі – «**Віденська конвенція**») [104]. Частина 1 статті 31 Віденської конвенції передбачає, що тлумачення міжнародного договору має здійснюватися «[...] відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору». Якщо використання першочергових засобів не дало результату, як допоміжні засоби тлумачення згідно з статтею 32 Віденської конвенції, можуть братися до уваги обставини укладення договору, а також підготовчі матеріали [104].

Крім вищенаведених положень, практика арбітражних трибуналів також розвинула свої додаткові правила тлумачення, яким трибунали слідують при тлумаченні інвестиційних угод до сих пір. Дані правила були відображені у справі *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka*, у якій трибунал їх згрупував у шість пунктів:

- По-перше, якщо текстуальне тлумачення дозволяє однозначно зрозуміти суть написаного, немає потреби застосовувати інші прийоми: «не слід тлумачити те, що тлумачення не потребує»;
- По-друге, слід брати до уваги звичайне значення слів, якщо немає достатніх підстав для застосування їх іншого можливого значення;
- По-третє, слід взяти до уваги інші пункти угоди і протлумачити необхідне положення в їх контексті, якщо текстуальне тлумачення не дозволяє повністю зрозуміти суть написаного,;

- По-четверте, при тлумаченні положення слід враховувати також застосовні норми і принципи міжнародного права;
- По-п'яте, тлумачити положення угоди слід таким чином, щоб не позбавляти можливості застосування її інших положень (так званий принцип ефективного тлумачення або «*effet utile*»);
- І останнє, слід брати до уваги формулювання інших угод, що регулюють схожий або такий же предмет як і угода, що тлумачиться [105, п. 40].

Практика інвестиційних трибуналів свідчить про те, що трибунали часто застосовують досить різні підходи до тлумачення правових інструментів з метою встановлення юрисдикції. Одна частина інвестиційних трибуналів застосовує правило обмежувального тлумачення для встановлення юрисдикції [95, с. 135]. Наприклад, у справі *Société Générale de Surveillance (SGS) v. Pakistan*, при тлумаченні положення двосторонньої інвестиційної угоди трибунал застосував принцип «*in dubio pars mitior est sequenda*», або ж «*in dubio mitius*» [106, п. 171]. Даний принцип є похідним з доктрини суверенітету держав та означає, що коли можливими є різні варіанти тлумачення норми, перевага має надаватися тому тлумаченню, згідно з яким на підписанта покладатиметься менше обов'язків [107, с. 3, 7-8].

Інша частина арбітражних трибуналів надала перевагу застосуванню розширювального тлумачення положень інвестиційних угод [95, с. 135]. Наприклад, у справі цієї ж компанії *Société Générale de Surveillance (SGS) v. Philippines*, трибунал сказав, що положення угоди слід тлумачити в світлі її мети. Мета інвестиційних угод полягає у захисті інвестицій. Відтак, при наявності різних варіантів тлумачення слід застосувати саме той, який забезпечить максимальний захист інвестицій того чи іншого інвестора [108, п. 116].

У третій умовній групі справ, трибунали встановили, що пропозицію держав на вирішення спорів в інвестиційних угодах слід тлумачити ані розширювально, ані обмежувально. Наприклад, у вищезгаданій справі *Amco v. Indonesia*, трибунал вказав, що згоду держави слід тлумачити об'єктивно та добросовісно, виходячи

з намірів сторін. При цьому, трибунал відкинув аргументи інвестора та Індонезії щодо необхідності звужувального чи розширювального тлумачення [109, п. 22-26]. Такий же висновок зробили і арбітражні трибунали у справах *Southern Pacific Properties v. Egypt* [93, п. 63], *Mondev v. United States* [110, п. 43], *Methanex v. United States* [111, п. 96-105].

Таким чином, можемо спостерігати досить різні підходи до тлумачення положень інвестиційних угод, що мають пряме значення для встановлення юрисдикції арбітражного трибуналу. Враховуючи те, що практика арбітражних трибуналів часто йде в різнобій одна з одною, в академічному колі слід дійти консенсусу, як саме треба тлумачити відповідні положення, адже ситуації, коли аналогічні положення тлумачаться по-різному є неприйнятними, вони явно не сприяють досягненню правової визначеності.

Різна практика тлумачення наявності згоди сторін спору має також велике значення і для встановлення юрисдикції щодо розгляду зустрічних позовних вимог. Якщо брати до уваги мету укладення інвестиційних угод, а саме захист інвестицій [108, п. 116], може виникнути загроза того, що юрисдикція над їх розглядом так і не буде встановлена, адже згідно з таким тлумаченням, лише інвестор може висувати вимоги проти держави. Інший підхід навпаки може призвести до того, що положення угод будуть тлумачитися на користь держав навіть там, де інвестиційна угода об'єктивно не допускає подання зустрічних позовних вимог [71, п. 944]. Застосування обох крайнощів грозить спотворенням поняття згоди на розгляд зустрічних позовних вимог в арбітражному провадженні.

Враховуючи те, що підхід до розуміння інвестиційного права змінився протягом останніх років в світлі прагнення усунути або ж хоча б зменшити його асиметричний характер [24, с. 40-43], можна стверджувати також і те, що підхід до застосування зустрічних вимог в інвестиційному арбітражі також зазнав певної еволюції. Це, в свою чергу, може бути підставою для застосовування так званого еволюційного тлумачення, яке, наприклад, застосував для інтерпретації міжнародного договору Міжнародний Суд ООН у Справі щодо навігаційних та

суміжних прав (англ. «*Dispute Regarding Navigational and Related Rights*») [112, п. 63-66]. Зокрема, Суд вказав, що якщо сторони укладали договір, розуміючи, що він діятиме протягом значного періоду часу і при цьому «використовували загальні терміни в договорі, вони неодмінно мали усвідомлювати, що значення цих термінів з часом може змінитися [...]» [112, п. 66]. Відтак, навіть якщо держави при укладенні інвестиційної угоди чітко не передбачили можливості розгляду зустрічних вимог, але при цьому віднесли до компетенції арбітражного трибуналу вирішення інвестиційних спорів загалом, вони повинні були розуміти, що в майбутньому підхід до визначення інвестиційного спору може змінитися і включатиме також і розгляд зустрічних вимог держав.

Таким чином, для встановлення того, чи відповідна угода передбачає можливість подання зустрічних вимог, слід взяти до уваги текст самих положень в їх звичайному значенні, а також їх контекст у світлі інших пунктів відповідної угоди. При цьому, тлумачення має бути розумним та раціональним без фривольного нахилу до обмежувального чи розширювального тлумачення. До того ж, якщо держави чітко не прописали можливість подавати зустрічні позовні вимоги в інвестиційній угоді (як це буває у більшості випадків), слід взяти до уваги і еволюційний підхід до розуміння термінів угоди, який сторони повинні були врахувати під час її укладення, з огляду на те, що інвестиційні угоди покликані діяти протягом довгого періоду часу.

2.1.3. Визначення обсягу згоди сторін на розгляд арбітражним трибуналом зустрічних позовних вимог

Як вказано вище, для того, щоб становити, чи охоплюється пропозицією держави розгляд зустрічних позовних вимог слід проаналізувати положення інвестиційної угоди, які регулюють порядок вирішення спорів між приймаючою державою та інвестором, та здійснити їх добросовісне тлумачення згідно з правилами передбаченими Віденською конвенцією та іншими

інтерпретаційними техніками, які використовують трибунали [69, п. 866; 103, п. 1416].

Деякі інвестиційні угоди прямо передбачають можливість подання зустрічних позовних вимог. Наприклад, в частині 9 статті 28 Угоди щодо інвестиційної зони Спільного ринку для Східної та Південної Африки (англ. «*Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area*») передбачено, що держава уповноважена подати зустрічну позовну вимогу, якщо, на її думку, інвестор порушив обов'язки, передбачені цією угодою [74]. Схоже положення міститься в частині Е статті 18 Модельної міжнародної інвестиційної угоди, спрямованої на забезпечення сталого розвитку (англ. «*IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*») [113, с. 29].

Деякі угоди, хоча й прямо не виключають можливості подавати зустрічні вимоги, роблять їх подання неможливим де-факто з огляду на обсяг спорів, які можуть передаватися на вирішення в інвестиційний арбітраж [70, п. 627; 71, п. 947-948; 82]. Як приклад візьмемо Угоду між Урядом України та Урядом Турецької Республіки про взаємне сприяння та захист інвестицій від 2017 року (надалі – «*Інвестиційна угода між Україною та Туреччиною*»). Частина 1 статті 10 передбачає, що «[ц]я стаття застосовується до спорів між однією Договірною Стороною та інвестором держави іншої Договірної Сторони стосовно можливого порушення зобов'язань першою в рамках цієї Угоди, що тягне за собою витрати та збитки для інвестора або його інвестицій» (виділення додано) [114].

Таким чином, приймаюча держава, а відповідно і інвестор, коли він акцептує пропозицію згоди, погоджуються на те, що арбітражний трибунал може вирішувати лише спори щодо порушення державою своїх зобов'язань, передбачених в інвестиційній угоді. Тому, розгляд протиправних дій інвестора виходитиме за межі згоди сторін. Дана теза була ключовим аргументом арбітражних трибуналів у справах *Spyridon Roussalis v. Romania* [69, п. 861-872], *Russoro Mining v. Venezuela* [70, п. 627], та *Oxus Gold v. Uzbekistan* [71, п. 947-

948]. У цих справах трибунали відхилили розгляд зустрічних позовних вимог через відсутність юрисдикції на підставі двосторонніх інвестиційних угод, що містили таке ж формулювання як і у Інвестиційній угоді між Україною та Туреччиною.

Тим не менш, більшість інвестиційних угод не включають настільки обмежувальні формулювання щодо обсягу спорів, які можуть бути вирішені в арбітражному провадженні [38, с. 15]. До прикладу, частина 1 статті 8 Угоди між Урядом України та Урядом Держави Ізраїль про взаємне сприяння та захист інвестицій від 2010 року (вступила в силу в 2012 році), передбачає, що *«[б]удь-який спір між Договірною Стороною та інвестором іншої Договірної сторони повинен вирішуватись шляхом переговорів»* (виділення додано), а згідно з частиною 2 у разі неможливості вирішення спору таким чином спір може бути переданий в арбітраж [115].

Також, згідно з статтею 11 Угоди між Урядом України та Урядом Королівства Саудівська Аравія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 2008 року (вступила в силу в 2009 році), *«[с]пори стосовно інвестицій між однією Договірною Стороною та інвестором іншої Договірної Сторони у зв'язку з інвестицією на території останньої Договірної Сторони, будуть по можливості вирішуватись дружньо»* (виділення додано), а в іншому випадку – передані на вирішення арбітражному трибуналу, згідно з частиною 2 цієї статті [116].

Як бачимо, формулювання обох вище наведених інвестиційних угод є доволі широкими. Вони націлені на те, щоб охопити максимально велику кількість спорів щодо інвестицій та віддати їх на розгляд міжнародного інвестиційного арбітражу [117, п. 432; 184]. Дані положення не обмежуються лише спорами, які стосуються порушення справ інвестора, а й можуть охоплювати будь-які інші спори, що пов'язані з інвестицією, в тому числі і потенційно ті, що впливають з неналежної поведінки інвестора [100, п. 410].

У справі *Inmaris v. Ukraine* [117] трибунал розглядав схоже положення до вищенаведених: *«[с]уперечки відносно інвестицій між однією Договірною*

Стороною і громадянином або товариством іншої Договірної Сторони [...]» (частина 1 статті 11 Угоди між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій від 1993 року (вступила в силу в 1996 році) [118]. Трибунал вказав, що формулювання «*сперечка відносно інвестицій*» охоплює широке коло спорів, а порушення державою своїх зобов'язань за інвестиційною угодою є лише частиною з них. В той же час, на думку трибуналу, зустрічна позовна вимога стосувалася інвестицій позивача, а тому підпадала під коло спорів, на розгляд яких сторони погодилися. Трибунал таки відхилив зустрічну позовну вимогу України, однак не у зв'язку з відсутністю юрисдикції, а через відсутність факту наявності порушень зі сторони інвестора [117, п. 432]. Схожий підхід застосував і трибунал у справі *David Aven v. Costa Rica*, при тлумаченні формулювання «*інвестиційний спір*» [72, п. 740, 742], а також трибунал у справі *Saluka v. Czech Republic* [47, п. 39].

Ще одним фактором для визначення того, чи охоплюються зустрічні позовні вимоги положеннями інвестиційної угоди, а відтак, і згодою сторін у спорі, є вказівка на те, яка саме сторона може віддати спір на розгляд арбітражному трибуналу [73, п. 1143]. З цією метою пропонується порівняти формулювання двох інвестиційних угод – Угоди про сприяння та взаємний захист інвестицій між Урядом України та Урядом Держави Катар від 2018 року (ще не вступила в силу) (надалі – «*Інвестиційна угода між Україною та Катаром*») [119] та Інвестиційної угоди між Україною та Туреччиною [114].

Частина 3 статті 10 Інвестиційної угоди між Україною та Туреччиною передбачає, що «*[я]кщо ці спори не можуть бути вирішені [...] протягом шести (6) місяців після дати подання письмового повідомлення, вказаного в пункті 2, за вибором інвестора спори можуть бути передані на розгляд до: [...]»* (виділення додано) [114]. Натомість, частини 1 та 2 статті 9 Інвестиційної угоди між Україною та Катаром передбачають, що

«1. Будь-який юридичний спір відповідно до положень цієї Угоди, що виникає безпосередньо з приводу інвестицій між однією Договірною Стороною і інвестором іншої Договірної Сторони вирішується дружнім шляхом між ними.

2. Якщо такі спори не можуть бути врегульовані [...], будь-яка сторона спору може передати на свій вибір врегулювання спору до [...].» [119] (виділення додано)

Застосовуючи текстуальне тлумачення до останнього положення, можна дійти до висновку, що як інвестор, так і приймаюча держава можуть віддати спір на розгляд міжнародному трибуналу. Відтак, не зрозуміло, чому таке положення має унеможливити подання зустрічних позовних вимог державою-відповідачем.

Схоже до Інвестиційної угоди між Україною та Катаром положення міститься в статті X Угоди між Республікою Аргентина та Королівством Іспанія про взаємне сприяння та захист інвестицій від 1991 року (англ. «*Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the reciprocal promotion and protection of investments*») (надалі – «**Інвестиційна угода між Аргентиною та Іспанією**») [120], яке було предметом розгляду у справі *Urbaser v. Argentina*. У даній справі Аргентина заявила інвестору зустрічну позовну вимогу щодо порушення його обов'язку з забезпечення інфраструктури для постачання води населенню, що, на думку Аргентини, порушувало права людини [73, п. 36].

Аналізуючи положення Інвестиційної угоди між Аргентиною та Іспанією, трибунал вказав, що вони сформульовані широко, звертаючи особливу увагу на те, що обидві сторони можуть ініціювати інвестиційний спір [73, п. 1143-1144]. На підтримку цієї тези, серед іншого, трибунал зазначив: «[с]правді, коли обидві сторони мають право подати позов, не може статися так, щоб, діючи першою, одна сторона могла перешкодити іншій подати свою вимогу. Цього можна уникнути, лише визнавши наявність можливості подати зустрічний позов» [73, п. 1144].

Такий висновок також підкріплений і рішеннями інвестиційних трибуналів у справах *Al-Warraq v. Indonesia* та *Tethyan Copper v. Pakistan*, де трибунали звернули, серед іншого, увагу на вказівку в інвестиційних угодах, що будь-яка сторона може передати спір на розгляд в інвестиційний арбітраж [22, п. 661; 103, п. 1418]. З іншого боку, у справі *Iberdrola v. Guatemala*, де двостороння

інвестиційна угода уповноважувала лише інвестора на передачу спору до арбітражу, трибунал визнав, що не має юрисдикції на розгляд зустрічної вимоги Гватемали [79, п. 386].

Крім положень угод, які регулюють власне процедуру вирішення спорів, трибунали також брали до уваги і те, чи відповідна угода передбачає можливість покладення на інвестора певних обов'язків. Зокрема, такий підхід був застосований у вищезгаданій справі *Spyridon Roussalis v. Romania*. З посиланням на твердження професора П. Лаліва, трибунал вказав, що він не має юрисдикції на розгляд зустрічних вимог, так як правом, яке має застосовуватися є не національне право приймаючої держави, а сама двостороння інвестиційна угода, яка на інвестора ніяких обов'язків не покладає [69, п. 871-872].

Тим не менш, на думку авторки цієї роботи, варто розмежовувати питання юрисдикції, базою для якої є згода сторін на розгляд зустрічних позовних вимог, та питання по суті. Вирішення того, чи порушив інвестор якийсь обов'язок, є частиною саме спору по суті. Відповідно, те, чи може інвестор потенційно порушити якийсь обов'язок за інвестиційною угодою чи будь-яким іншим джерелом права, не повинне впливати на рішення трибуналу з питання юрисдикції.

Крім формулювань, використаних у інвестиційній угоді, до уваги можна брати також і наявність в ній посилань на регламенти арбітражних інституцій (наприклад, Арбітражний регламент МЦВІС [61, с. 99-128] чи ЮНСІТРАЛ [62]), або у випадку МЦВІС – Вашингтонську конвенцію [60]. Наявність вказівки на регламенти, що допускають подання зустрічних вимог, серед іншого, враховували арбітражні трибунали у справах *Urbaser v. Argentine Republic* [73, п. 1147], *Al-Warraq v. Indonesia* [22, п. 664], та *Saluka v. Czech Republic* [47, п. 39]. Однак, відсилання до арбітражних регламентів не було ключовим аргументом на користь наявності згоди сторін на розгляд зустрічних вимог у вище наведених справах, а радше додатковим пунктом для підтримання першочергової позиції з обґрунтування наявності згоди, виходячи з положень відповідних інвестиційних угод.

Все ж, як повідомляє Ш. Каліцкі, арбітражний трибунал у справі *Antoine Goetz v. Burundi* вказав, що самої лиш вказівки на арбітражні правила (в цьому випадку – Арбітражний регламент МЦВІС), які допускають подання зустрічних позовних вимог, достатньо для доведення згоди, і, при цьому, аналізувати положення інвестиційної угоди було необов'язково [82]. Крім того, арбітр М. Рейсман у своїй декларації у справі *Spyridon Roussalis v. Romania* зазначив, що коли, з одного боку, стаття інвестиційної угоди про вирішення спорів (пропозиція згоди) відсилає до Вашингтонської конвенції, а, з іншого боку, інвестор приймає таку пропозицію згоди, віддаючи спір на вирішення арбітражу, згода на подання та розгляд зустрічних позовних вимог автоматично вважається сформованою [121; 194].

Тим не менш, на підставі аналізу практики інвестиційних трибуналів можна дійти до висновку, що така позиція щодо автоматичної згоди має суттєві недоліки [79, п. 389]. Згода є основною передумовою для того, щоб трибунал міг мати юрисдикцію над спором. Якщо допустити, що самого лиш посилення на арбітражні регламенти або Вашингтонську конвенцію достатньо, це може спотворити поняття згоди на розгляд зустрічних вимог. По суті, це буде означати, що навіть якщо в інвестиційній угоді на розгляд арбітражу віддається вузьке коло спорів, наприклад, спори, що стосуються порушень лише приймаючою державою, це не буде мати ніякого значення [82].

Хоча таке тлумачення для приймаючих держав може бути доволі зручним [82], тим не менш, воно не відображатиме справжньої волі сторін, які уклали інвестиційну угоду. Базове правило тлумачення – не слід включати в угоду того, чого там насправді немає – не буде дотримане. Це також було одним з ключових аргументів трибуналу у справі *Oxus Gold v. Uzbekistan*, у якій трибунал зазначив, що «не вважає, що це положення [Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ – прим. авт.] створює юрисдикцію там, де її немає» [71, п. 944].

В цьому контексті інший арбітражний трибунал у справі *Iderdrola v. Guatemala* зазначив, що якщо положення арбітражного регламенту щодо можливості подання зустрічних позовних вимог суперечать положенням

інвестиційної угоди, яка подання таких вимог не допускає, саме положення останньої мають переважну силу [79, п. 389].

Підсумовуючи, умовно можна розділити всі інвестиційні угоди на три групи: перша група – це ті, що прямо передбачають розгляд зустрічних позовних вимог, друга група – це ті, що містять вказівку на розгляд будь-яких спорів, що стосуються інвестицій, та третя група – ті, що передбачають розгляд спорів щодо порушення приймаючою державою всіх або частини зобов'язань, що містяться в інвестиційній угоді. Щодо першої та другої групи, практика арбітражних трибуналів свідчить про те, що у такому випадку згода на розгляд зустрічних вимог наявна, адже угода або прямо передбачає можливість їх розгляду або не обмежує компетенцію трибуналу до розгляду вимог лише проти держави-відповідача. Щодо третьої групи угод, у цьому випадку доволі складно стверджувати, що згода на розгляд зустрічних вимог наявна, адже вимоги щодо порушення зобов'язань інвестором не можуть бути передані на розгляд інвестиційному трибуналу.

2.2. Зв'язок з первісною позовною вимогою як критерій прийнятності зустрічних позовних вимог

З метою встановлення критеріїв прийнятності зустрічних позовних вимог у цьому підрозділі буде проаналізовано (2.2.1) поняття та стандарт пов'язаності первісної та зустрічної позовних вимог, в тому числі, у практиці інвестиційних арбітражних трибуналів, (2.2.2.) необхідність встановлення та характер правового, а також фактичного зв'язку між первісною та зустрічною вимогами в інвестиційному арбітражі.

2.2.1. Поняття та стандарт пов'язаності первісної та зустрічної позовних вимог

В той час як згода сторін на розгляд зустрічних позовних вимог є юрисдикційною вимогою, зв'язок зустрічної вимоги з первісною є критерієм її прийнятності [38, с. 47]. Як підсумовує Т. Шірур, ключова різниця між юрисдикцією над спором та прийнятністю полягає у тому, що *«юрисдикція стосується можливості або компетенції арбітражного трибуналу розглядати спір, тоді як прийнятність стосується характеристик конкретного позову»* [122, п. 3]. Іншими словами, юрисдикція визначає те, чи може певний спір в принципі розглядатися інвестиційним трибуналом, а прийнятність стосується певних дефектів самої вимоги, через які трибунал не може перейти до розгляду по суті, хоча юрисдикція на розгляд цієї вимоги у нього наявна [123, с. 4-8]. Слід зазначити і те, що в практиці інвестиційних трибуналів розрізнення між юрисдикцією та прийнятністю доволі нечітке, так як трибунали почали розрізняти відповідні категорії не так і давно [124].

В контексті зустрічних позовних вимог, критерієм для їх прийнятності є наявність зв'язку з первісною позовною вимогою [40, с. 29-37; 100, п. 407]. Джерелом, що регламентує застосування даної вимоги, може бути сама інвестиційна угода. До прикладу, в частині 2 статті 9.19 Угоди про транс-атлантичне співробітництво від 2016 року (англ. *«Trans-Pacific Partnership (TPP) Agreement»*) передбачено, що *«[...] відповідач може подати зустрічну позовну вимогу, яка пов'язана з фактичною та правовою підставою позову [...]»* [75].

Крім цього, відповідний критерій може бути передбачений в арбітражних регламентах інституцій, до яких спори віддаються на вирішення згідно з інвестиційними угодами. Вимоги до наявності безпосереднього зв'язку з предметом спору передбачені в статті 46 Вашингтонської конвенції [60], цитованої вище, а також в частині 1 статті 40 Арбітражного регламенту МЦВІС [61, с. 118]. Більше того, необхідність наявності тісного зв'язку між первісною та зустрічною вимогою вважається трибуналами загальним принципом права або ж навіть і звичаєвим правилом [47, п. 61; 59, с. 689].

Схожі вимоги до розгляду зустрічних вимог застосовують і органи, що вирішують міждержавні спори. До прикладу, частина 1 статті 80 Регламенту

Міжнародного суду ООН передбачає, що Суд задовольняє зустрічні вимоги лише у випадку, «якщо вони підпадають під юрисдикцію Суду і безпосередньо пов'язані із предметом позову іншої сторони» (виділення додане) [50]. Відповідно, практика Міжнародного суду ООН також може частково використовуватися для тлумачення стандарту пов'язаності вимог в інвестиційному арбітражі [38, с. 31-32] (звісно, з певними застереженнями, враховуючи природу Суду як органу, що вирішує спори між державами, на відміну від інвестиційних трибуналів, що розглядають спори між інвестором та державою).

Поняття безпосереднього чи тісного зв'язку безперечно носять оціночний характер, і тому, трибунали їх встановлюють, виходячи з конкретних обставин справи [47, п. 63; 125, с. 21-35]. До прикладу, взаємопов'язаність зустрічної та первісної вимог була проаналізована арбітражним трибуналом у справі *Saluka v. Check Republic*. У цій справі трибунал з посиланням на рішення у справі *Klöckner v. Cameroon* вказав, що зустрічні позовні вимоги мають бути «тісно пов'язані з предметом первісного позову», бути «невіддільними» та «взаємозалежними» [47, п. 65]. Тим не менш, як можна зробити висновок з рішення у справі *Saluka v. Check Republic*, застосування такого високого стандарту зумовлене тим, що первісна вимога у справі *Klöckner v. Cameroon* базувалася на договорі поставки, а зустрічна – на додатку до цього договору [47, п. 67]. Аплікабельність такого стандарту у інших справах (в тому числі у самій справі *Saluka v. Check Republic*) є предметом критики з боку вчених-правників. Вони пояснюють, що використовувати рішення у справі *Klöckner v. Cameroon* недоцільно в провадженнях, які базуються на інвестиційній угоді, а не на приватно-правовому контракті між інвестором та приймаючою державою, як це було у справі *Klöckner* [90, п. 7.37-7.41].

На практиці прослідковується підхід, що тісний зв'язок є присутнім, якщо вимоги доцільно розглянути разом для інтересів правосуддя та уникнення взаємо суперечливих рішень. Як зазначив трибунал у справі *Urbaser v. Argentine Republic*, «[...] розумне відправлення правосуддя не може толерувати такого

потенційно непослідовного результату» [73, п. 1151]. Арбітражний трибунал у справі *Oxus Gold v. Uzbekistan* також спробував пояснити, коли саме слід вважати первісну і зустрічну вимогу тісно пов'язаними. Він вказав, що, по-перше, має бути наявний фактичний зв'язок – зустрічна вимога має стосуватися інвестиції, а, по-друге, має бути наявний правовий зв'язок – потенційне порушення має базуватися не лише на обов'язках інвестора, що передбачаються в національному праві держави-відповідача [71, п. 954].

Підсумовуючи, наявність зв'язку між первісною та зустрічною вимогою – необхідний критерій прийнятності зустрічних вимог. Такий зв'язок має носити не опосередкований, а саме тісний характер. Однак, до визначення того, що саме слід вважати тісним зв'язком, немає єдиного підходу в практиці інвестиційних трибуналів. Як правило, вони вирішують це питання виходячи з конкретних обставин справи, міркувань процесуальної ефективності, але здебільшого – досліджуючи фактичний або ж фактичний та правовий зв'язок між первісною та зустрічною вимогами.

2.2.2. Необхідність встановлення та характер фактичного та правового зв'язку між первісною та зустрічною вимогами в інвестиційному арбітражі

Як зазначають П. Лалів та Л. Халонен, фактичний зв'язок між первісною та зустрічною вимогою має місце тоді, коли вони обидві базуються на одних і тих же обставинах. Вимога наявності фактичного зв'язку в контексті інвестиційного арбітражу, як правило, вважається задоволеною, якщо спір стосується інвестиції [90, п. 7.13, 7.39].

Даний критерій впливає, зокрема, з формулювань самих інвестиційних угод, і на думку вчених-правників, саме цього є більш ніж достатньо для того, щоб встановити необхідний зв'язок між вимогами у спорі [90, п. 7.39-7.41; 127, с. 5]. При цьому вони спираються, зокрема, на статтю 46 Вашингтонської конвенції, яка передбачає, що зустрічні вимоги мають бути пов'язаними

«безпосередньо з предметом спору» [60]. Схоже положення міститься в частині 1 статті 40 Арбітражного регламенту МЦВІС [61, с. 118]. Коментар до регламенту пояснює це поняття так, що до уваги слід брати саме фактичний зв'язок між вимогами, а не правовий:

«Для того, щоб вважатися прийнятними, такі вимоги повинні виникати "безпосередньо" із "предмета спору" [...]. Тестом для задоволення цієї вимоги є те, чи фактичний зв'язок між первісною та зустрічною вимогою є настільки тісним, що вимагає винесення рішення щодо останньої з метою досягнення остаточного врегулювання спору [...]» [128, с. 105] (виділення додано)

Враховуючи, що в даному випадку цитований коментар був написаний авторами самого Арбітражного регламенту МЦВІС, він може бути застосований як інструмент для тлумачення з метою встановлення того змісту, який в нього закладали самі ж автори [129, с. 50]. Таким чином, ми можемо дійти до висновку, що справді фактичний зв'язок має превалювати. Однак, цей висновок можна зробити лише щодо тих справ, які розглядаються в рамках МЦВІСу, так як Вашингтонська конвенція та Арбітражний регламент поширюються лише на ці спори.

Даний висновок підтверджується також і практикою деяких інвестиційних трибуналів МЦВІС. Наприклад, як можна зробити висновок з рішення у справі *Burlington v. Ecuador*, арбітражний трибунал вирішив, що для того, щоб довести пов'язаність первісної та зустрічної вимоги слід встановити наявність саме фактичного зв'язку [5, п. 62]. Фактичний зв'язок встановлювався в першу чергу і трибуналом у справі *Urbaser v. Argentine Republic*. Трибунал вирішив, що фактичний зв'язок наявний тоді, коли вимоги стосуються тієї ж самої інвестиції та концесії, що стала предметом первісної вимоги [73, п. 1151].

В свою чергу, правовий зв'язок – це наявність пов'язаності між правовим базисом первісної та зустрічної вимоги [127, с. 4-5]. Незважаючи на те, що практики трибуналів в цьому контексті не надто багато, з її аналізу можна виокремити два основні підходи до наявності зв'язку. Згідно з першим підходом, необхідний зв'язок наявний лише тоді, коли обидві вимоги базуються на одному і тому ж джерелі обов'язків (правовому інструменті) [47, п. 65-79], а згідно з

другим підходом, вимога до зв'язку задоволена і тоді, коли джерела обов'язків різні, але як первісна, так і зустрічна вимога базуються на міжнародному праві, а не на суто внутрішньо національному законодавстві приймаючої держави [73, п. 1151].

Застосування першого підходу найкраще ілюструє справа *Saluka v. Czech Republic*, де Чехія подала зустрічну вимогу до інвестора стосовно порушення ним чеського законодавства та договору про купівлю-продаж акцій [47, п. 7-48, 59]. Після встановлення юрисдикції, трибунал аналізував, зокрема, те, чи були такі вимоги пов'язані з первісною вимогою правовим зв'язком. Трибунал вказав: «[с]тосовно власне зустрічних вимог, необхідно, щоб вони також задовольняли умови, які звичаєво визначають зв'язок між зустрічним та первісним позовом, [...]». Зокрема, належний зустрічний позов повинен мати тісний зв'язок з первісною вимогою, [...]» (виділення додано) [47, п. 61]. Потім, з посиланням на справи Ірансько-американського арбітражного трибуналу, трибунал зазначив, що такий тісний зв'язок наявний лише тоді, коли обов'язки інвестора та держави передбачені в єдиному інструменті. Якщо обов'язки приймаючої держави передбачені в інвестиційній угоді, а інвестора в національному законодавстві, необхідний правовий зв'язок з первісною вимогою буде відсутній [47, п. 68-76]. В такому випадку, вимоги інвестора до держави мають розглядатися в інвестиційному арбітражі, а вимоги держави до інвестора на підставі порушення внутрішньо державного законодавства – в національних судах [47, п. 79].

Варто зазначити, що дане тлумачення вважається доволі обмежуючим [38, с. 45-46; 90, п. 7.39]. Якщо слідувати логіці трибуналу, виходить, що обов'язки інвестора та держави повинні бути викладені в одному і тому самому інструменті у будь-якому випадку, що проблематично у справах, де базисом для розгляду вимог є саме інвестиційна угода [38, с. 33]. І лише, якщо інвестиційна угода містить чітке посилання на обов'язок дотримання інвестором національного законодавства чи на інші інструменти, правовий зв'язок буде збережено.

Схожим шляхом до вирішення прийнятності зустрічних вимог пішов і трибунал у справі *Paushok v. Mongolia*. У даній справі Монголія висунула

інвестору зустрічну вимогу на підставі порушення податкового законодавства, а саме ухилення від сплати податків. Трибунал вирішив, що такі вимоги не мають тісного зв'язку з первісною вимогою, адже базовані на публічному праві Монголії та мають бути вирішені в національних судах, а не в інвестиційному арбітражі. Тому, на думку арбітражного трибуналу розгляд таких вимог був би не виправданим. Крім того, трибунал зауважив, що визнання та виконання такого рішення призведе до застосування податкового права Монголії на території іншої країни, що не є загально прийнятим з огляду на його внутрішньодержавний характер [59, п. 694-695].

Схожі висновки зробив і трибунал у справі *Oxus Gold v. Uzbekistan*. Трибунал зазначив, що якщо зустрічна вимога стосується порушення інвестором національного права приймаючої держави, необхідний тісний зв'язок з первісною вимогою, яка базується на інвестиційній угоді, відсутній [71, п. 956].

Не можна сказати, що за цим підходом немає рації, адже у випадку порушення інвестором, наприклад, національного права приймаючої держави, остання теоретично має достатній арсенал засобів, щоб потенційно вплинути на таке порушення, в тому числі ініціюючи провадження в національному суді або застосовуючи примусові заходи регуляторного характеру [23, с. 98]. З іншого боку, обмежуючий підхід до можливості розгляду зустрічних вимог означає, що висунути таку вимогу на розгляд арбітражу в принципі буде неможливо, адже інвестиційні угоди в своїй більшості не передбачають обов'язків інвесторів [90, п. 7.04, 7.40]. Відтак, можемо спостерігати певний дисонанс: з одного боку, загальноприйнятим є те, що зустрічні вимоги на розгляд передавати в принципі можна (враховуючи положення арбітражних регламентів, наведених вище), але, з іншого боку, це зробити практично можливо лише у виключних випадках. Таке розуміння, в свою чергу, суперечить принципу *effet utile* та спричиняє невизначеність у правозастосуванні.

Також, слід врахувати і те, що арбітражні трибунали у справах *Saluka v. Check Republic*, *Paushok v. Mongolia* та *Oxus Gold v. Uzbekistan* вирішували їх на підставі старої версії Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ. Частина 3 статті 19

Регламенту в редакції до 2010 року передбачала, що трибунал може розглянути лише ту зустрічну вимогу, яка «*виникає з того самого договору*», що і первісна вимога [131]. Дане положення зазнало значної критики з боку правників-практиків, адже воно не могло в принципі бути адаптоване під інвестиційний арбітраж, так як інвестиційний контракт між інвестором та державою наявний далеко не у всіх випадках [132, с. 583]. Однак, в 2010 році Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ був переглянутий, а вищеназвана вимога до зв'язку між зустрічною та первісною вимогами була усунута [133]. Тому, дуже вірогідно, що якби трибунали у вище наведених справах розглядали їх за сучасним Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ, їхнє рішення щодо наявності зв'язку було б іншим.

Підтримку тези про відсутність необхідності наявності одного і того ж інструменту для первісної та зустрічної вимоги можна знайти і в сучасній доктрині міжнародного інвестиційного права. Як зазначають вчені-правники, сьогодні дуже непросто відшукати ситуацію, коли обов'язки інвестора та приймаючої держави будуть передбачені в одному правовому інструменті, що, в свою чергу нівелює можливість розгляду зустрічних вимог в принципі [90, п. 7.40-7.41; 126; 127, с. 5]. В такому випадку, як зазначає професорка Х. Кйос, слід розглянути ці вимоги разом з міркувань процесуальної ефективності, навіть якщо прямий правовий зв'язок відсутній, але наявний міцний фактичний зв'язок [38, с. 47]. Вчені-правники П. Лалів та Л. Халонен зазначають, що застосування високого стандарту правової пов'язаності не виправдане в інвестиційному праві, з огляду на те, що державу та інвестора, як правило, не об'єднують договірні правовідносини [90, п. 7.39].

У світлі цього арбітражні трибунали почали віддалятися від застосування такого обмежувального тлумачення. Однією з найбільш визначних справ щодо зустрічних позовних вимог є справа *Urbaser v. Argentine Republic*. У даній справі трибунал, оцінюючи зв'язок між вимогами, звернув увагу на те, що обов'язки інвестора щодо водопостачання та щодо прав людини не були передбачені в інвестиційній угоді. Тим не менш, він взяв до уваги і те, що джерелами таких

обов'язків було не лише національне законодавство. Діяльність інвестора була націлена на забезпечення населення питною водою, а недотримання цього обов'язку становить порушення основоположного права людини на доступ до води. Чинником для прийняття такого рішення було те, що при відокремленні розгляду вимог до держави і вимог до інвестора різні органи можуть прийняти різні рішення, що негативно вплине на правову визначеність та відправлення правосуддя [73, п. 1151].

Так само, арбітражний трибунал у справі *Tethyan Copper v. Pakistan* вирішив, що зовсім необов'язково, щоб зустрічна позовна вимога базувалася на порушенні інвестиційної угоди. Тісний зв'язок між зустрічною та первісною позовними вимогами присутній, якщо «аналіз вимог інвестора за Угодою обов'язково включає оцінку договірних та регуляторних інструментів, на яких базуються зустрічні вимоги» [103, п. 1414].

Таким чином, можемо спостерігати деяку еволюцію в підході до розуміння правового зв'язку інвестиційними трибуналами. В той час як давніші рішення вимагали базування первісних та зустрічних вимог на одному і тому ж інструменті, останні такого надто тісного зв'язку не передбачають. Як можна зробити висновок з вище наведеної практики, незмінним наразі залишається те, що зустрічні вимоги не повинні базуватися суто на національному законодавстві приймаючої держави (якщо тільки обов'язок його дотримання не покладається на інвестора в інвестиційній угоді чи приватно-правовому контракті з державою). Більш відповідним форумом для розгляду таких вимог вважаються національні суди.

Такий підхід також зазнає критики, враховуючи, що, як правило, обов'язки інвестора на рівні міжнародного права не передбачені [90, п. 7.39-7.41]. Однак, у цьому контексті слід чітко розуміти, що у тому випадку, коли компетенція інвестиційного трибуналу обмежується вирішенням питань міжнародного права, трибунал не може вийти за її межі. І лише якщо сторони передбачать, що питання порушення суто національного права можуть бути вирішеними в ході арбітражного провадження, трибунал може їх розглянути [134, с. 24-25]. Це

може мати місце, наприклад, у випадку, якщо інвестиційна угода або контракт, укладений між інвестором та державою, містить пряму вказівку на обов'язок інвестора дотримуватися норм національного права. Зокрема, у справі *Al-Warraq v. Indonesia* трибунал вказав, що *«інвестор, звісно, має загальний обов'язок підкорятися законодавству приймаючої держави, але Стаття 9 [інвестиційної угоди – прим. авт.] підіймає цей обов'язок з площини національного права (і юрисдикції національних судів) до договірного зобов'язання, що є обов'язковим для інвестора в інвестиційному арбітражі»* [22, п. 663].

З огляду на вищенаведене, на думку авторки цієї роботи, недоцільно повністю заперечувати необхідність встановлення правового зв'язку між первісною та зустрічною вимогою, а натомість слід змінити підхід до його оцінки. Якщо зобов'язання інвестора не обмежуються національним правом, а включають і елемент міжнародного регулювання, то це б не мало бути перешкодою для розгляду зустрічної вимоги.

* * *

Підсумовуючи, для того, щоб зустрічна позовна вимога могла бути розглянута в інвестиційному арбітражі вона має, по-перше, підпадати під юрисдикцію арбітражного трибуналу та, по-друге, бути прийнятною.

Юрисдикція на розгляд зустрічних вимог наявна тоді, коли приймаюча держава виразила свою згоду на це в інвестиційній угоді, яка згодом акцептується інвестором. При цьому, наявність такої згоди залежить від добросовісного тлумачення положень інвестиційних угод, зокрема тих, що стосуються порядку вирішення спорів між інвестором та державою. Якщо коло спорів, що може віддаватися на вирішення арбітражному трибуналу обмежене лише вимогами проти держави, у трибуналу не буде юрисдикції на розгляд зустрічних вимог, навіть попри наявність посилення на арбітражний регламент, що регулює можливість розгляду зустрічних вимог відповідача у спорі. В такому випадку, як можна зробити висновок з практики інвестиційних трибуналів, положення інвестиційної угоди мають превалювати.

Після встановлення наявності юрисдикції на розгляд зустрічних вимог, арбітражні трибунали їх також перевіряють на предмет прийнятності – чи є зустрічна вимога тісно пов'язана з первісною. Тісний зв'язок визначається через доцільність розгляду первісної та зустрічної вимог в одному провадженні, що в свою чергу передбачає необхідність наявності фактичного або ж фактичного та правового зв'язку між вимогами. Однак, в цьому контексті практика інвестиційних трибуналів носить доволі непослідовний характер. Частина інвестиційних трибуналів надає перевагу застосуванню лише фактичного зв'язку, інша частина – як фактичному, так і правовому.

На думку авторки цієї роботи, обидва аспекти мають бути розглянуті для встановлення пов'язаності вимог, хоча вимоги до правового зв'язку не мають бути надто високими, як це прослідковується у рішеннях деяких арбітражних трибуналів, адже зовсім не обов'язково, щоб вимоги базувалися на одному і тому ж правовому інструменті.

РОЗДІЛ 3.

ПОРУШЕННЯ ОБОВ'ЯЗКІВ ІНВЕСТОРА ЯК ПІДСТАВА ЗАЯВЛЕННЯ ЗУСТРІЧНИХ ПОЗОВНИХ ВИМОГ. РЕФОРМА ЗАКРІПЛЕННЯ ОБОВ'ЯЗКІВ ІНВЕСТОРА В ІНВЕСТИЦІЙНИХ УГОДАХ

Даний розділ описує підстави для подання зустрічних позовних вимог, а саме порушення обов'язків інвестора, через (3.1.) пояснення питання правоздатності інвестора та джерел його обов'язків за міжнародним інвестиційним правом, а також (3.2.) характеризує реформу закріплення обов'язків інвесторів у ключовому джерелі інвестиційного права – міжнародних інвестиційних угодах.

3.1. Правосуб'єктність та джерела обов'язків інвестора за міжнародним інвестиційним правом

У підрозділі йдеться, перш за все, про (3.1.1.) можливість інвестора нести обов'язки за міжнародним правом, а також про можливість (3.1.2.) міжнародного звичаю та загальних принципів права, (3.1.3.) міжнародного договору, (3.1.4.) інвестиційного контракту та національного права бути джерелами обов'язків для інвестора, а також висвітлює (3.1.5.) загальну характеристику та вплив інструментів м'якого права на формування та утвердження обов'язків інвестора.

3.1.1. Можливість інвестора нести обов'язки за міжнародним правом

Після того, як інвестиційний трибунал встановив юрисдикцію над зустрічними вимогами та вирішив, що вони є прийнятними, постають нові виклики для держави-відповідача – доведення того, що інвестор справді порушив свої зобов'язання [3, п. 35]. Відповідно, виникає питання, чи має інвестор в принципі правосуб'єктність за міжнародним правом та чи може він нести обов'язки як такі.

Суб'єктами міжнародного права є держави та міжнародні організації, які за міжнародним правом несуть права та обов'язки в повному обсязі [135, с. 197, 259-300; 136, с. 179]. Однак, враховуючи, що міжнародне право в тій чи іншій мірі стосується широкого кола “зацікавлених осіб”, в тому числі і транснаціональних компаній [135, с. 249-250], що часто виступають в ролі інвесторів, протягом останніх 50-ти років були спроби змінити цей класичний підхід.

Зокрема, в 1970-х роках на рівні ООН мала місце жвава дискусія щодо того, чи мають транснаціональні корпорації бути суб'єктами міжнародного права. У прийнятті такого кроку держави вбачали значні ризики як, зокрема, загроза суверенітету чи втрата контролю над природними ресурсами, видобуток яких часто виконувався великими корпораціями [13, с. 362]. В академічному колі також мали місце значні перестороги щодо розширення кола суб'єктів міжнародного права, адже визнання такими приватних компаній дало б можливість і так впливовим транснаціональним корпораціям розширити свій вплив ще більше, зокрема, в країнах, що розвиваються. Крім цього, такий крок міг би закріпити подекуди негативні практики, що використовувалися корпораціями, коли ще не було консенсусу щодо застосування норм корпоративної соціальної відповідальності (надалі – «*КСВ*») та стандартів відповідального ведення бізнесу [13, с. 363].

Тим не менш, як відзначають сучасні вчені-правники, лише той факт, що корпорації-інвестори не є суб'єктами міжнародного права, не означає, що вони не можуть мати певного обсягу правосуб'єктності та набувати прав та обов'язків у певних випадках [13, с. 363-364; 137, с. 242-251]. Вже сам факт наявності в інвесторів права ініціювати арбітражний розгляд у зв'язку з порушенням державою їх прав, передбачених у інвестиційних угодах, може розглядатися як доказ наявності в них певного обсягу правосуб'єктності за міжнародним правом [13, с. 364].

Якщо ж у інвестора є права за міжнародним правом, логічно припустити, що у він також може нести й обов'язки. Як зазначив інвестиційний трибунал у

справі *Urbaser v. Argentine Republic*, якщо інвестиційна угода наділяє правами інвестора, немає підстав вважати, що вона не може на нього покладати й обов'язків [73, п. 1194]. Крім того, загально прийнятим є те, що інвестор може мати певні права, а також і обов'язки, якщо це прямо передбачено, наприклад, в інвестиційному контракті між інвестором та державою [138, п. 47] або ж в інвестиційній угоді [73, п. 1194].

Як пише П. Дамбері, такого роду правосуб'єктність можна охарактеризувати як обмежену та похідну. Вона є обмеженою, тому що обсяг прав та обов'язків менший ніж у суб'єктів міжнародного права, а похідною – тому що її обсяг визначається волею держав, коли вони укладають інвестиційні угоди [13, с. 364-365].

Таким чином, незважаючи на те, що інвестори не носять статусу суб'єктів міжнародного права, вони все ж можуть набувати права, а також нести обов'язки згідно з інвестиційним правом. Інше питання, що має ключове значення для визначення обсягу обов'язків інвесторів, а тому і безпосередньо для механізму подання зустрічних позовних вимог, – це встановлення джерел таких обов'язків [89, п. 57, 63].

3.1.2. Міжнародний звичай та принципи права як джерела обов'язків інвестора

Під час розгляду справи, арбітражні трибунали керуються національним правом приймаючої держави, іншим правом, яке сторони у спорі визнали як аплікабельне, а також міжнародним правом [73, п. 1202]. При цьому, під джерелами міжнародного права, трибунали розуміють ті джерела права, які передбачені в частині 1 статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН [61, с. 47], а саме міжнародний звичай, міжнародний договір та загальні принципи права [139].

Міжнародний звичай – це некодифіковане правило, яке формується шляхом його постійного і поширеного використання суб'єктами міжнародного права, які

виконують це правило через те, що вважають його обов'язковим до застосування [140, п. 72-73; 192, с. 98-104]. Інвестиційні трибунали на практиці широко використовують звичаєві норми, наприклад, право держави регулювати діяльність приватних осіб на своїй території (англ. «*police powers exception*») [141, п. 258, 262], або ж застосування необхідності (англ. «*necessity*») як обставини, що виключає протиправність діяння держави [142, п. 315-317] тощо.

Однак, в цьому контексті, важливо розуміти, що звичай зобов'язує лише суб'єктів міжнародного права [137, с. 247-248]. Його формують власне держави через повторення певного правила у своїй поведінці протягом певного періоду часу [140, п. 72-74]. Враховуючи, що приватні особи, такі як міжнародні компанії, на його формування прямо не впливають, відповідно, буде неправильно стверджувати, що вони повинні цих звичаїв дотримуватися [137, с. 247].

Навіть за умовне порушення імперативних норм міжнародного права, *jus cogens*, як геноцид, застосування тортур тощо, інвестори не можуть нести відповідальності, адже ці норми зобов'язують саме держав. Максимум, на що чекає компанію за вчинення таких дій, є притягнення до відповідальності в рамках національного законодавства [137, с. 247]. В цьому контексті, держави мають позитивний обов'язок припиняти або запобігати вищенаведеним діям, однак, знову ж таки, відповідальність в цьому контексті нестимуть лише держави [143, п. 17].

Таким чином, міжнародний звичай не може бути тим джерелом права, яке слугуватиме підставою для притягнення інвестора до відповідальності, у зв'язку з його застосуванням лише у міждержавних відносинах.

Принципи права – це певні загальні правила поведінки, які підлягають застосуванню у випадках, коли конкретна норма не регулює певний вид правовідносин [135, с. 98; 193, с. 244-245]. Загальні принципи права, такі як *res judicata* та *pacta sunt servanda*, застосовуються на практиці міжнародних трибуналів [135, с. 100-104], в тому числі і у спорах між інвестором та державою [67, п. 26; 73, п. 1206]. До того ж, у справі *Urbaser v. Argentine Republic* трибунал вказав,

що загальний принцип права може бути базисом для виникнення правового обов'язку в інвестора [73, п. 1207].

В контексті зустрічних вимог на підставі порушень інвестором загальних принципів права, вчені-правники П. Лалів та Л. Халонен відзначають, зокрема, можливість посилаючись на порушення принципу добросовісності в розрізі зловживання процесуальними правами. Зокрема, якщо під час здійснення провадження в національному суді проти інвестора, останній подає позов в інвестиційний арбітраж для того, щоб зупинити, припинити, відтермінувати або іншим чином втрутитися в хід розгляду справи в національних судах, держава-відповідач може подати зустрічну вимогу на підставі зловживання правом звернення в арбітраж зі сторони інвестора [90, п. 7.27].

Однак, на думку авторки цієї роботи, у цьому випадку важко говорити саме про протидію можливому зловживанню процесуальними правами як про підставу для зустрічного позову. Швидше, це можна розглядати як механізм захисту від первісної вимоги інвестора через визнання її неприйнятною. Хоча такий аргумент має право на життя, слід пам'ятати і про те, що згідно з інвестиційною угодою інвестор уповноважений подати позов проти держави незалежно від наявності триваючих проваджень у національних судах, якщо тільки інвестиційна угода чи інвестиційний контракт, що слугують базою для юрисдикції трибуналу, не передбачають інше (наприклад, так звані «*fork in the road clauses*», коли інвестиційна угода передбачає обов'язок інвестора обрати форум для вирішення спорів, національний суд або інвестиційний арбітраж, з метою уникнення паралельних проваджень) [144].

Тим більше, практика інвестиційних трибуналів свідчить про те, що недобросовісність як таку доволі важко довести, адже, враховуючи презумпцію добросовісної поведінки, стандарт для її доведення доволі високий [145, п. 143].

Таким чином, хоча принципи права справді застосовуються в практиці міжнародних інвестиційних трибуналів, їх можна радше застосувати для обґрунтування відсутності порушення прав інвестора або контраргументів для

прийнятності розгляду первісного позову, ніж як підстава для зустрічної позовної вимоги.

3.1.3. Міжнародний договір як джерело обов'язків інвестора

Як перебачено в пункті а) частини 1 статті 2 Віденської конвенції, міжнародний договір *«означає міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування»* [104], що в тому числі характеризує і інвестиційні угоди.

Як правило, інвестиційні угоди передбачають широке коло прав інвесторів (стандартів поведінки держави), а саме стандарт справедливого та рівного поводження (англ. *«fair and equitable treatment standard»*), стандарт повного захисту та безпеки (англ. *«full protection and security»*), заборона незаконної експропріації тощо [12, с. 201-215].

Інвестиційні угоди у більшій мірі націлені саме на забезпечення дотримання державами вище наведених гарантій стосовно щодо інвесторів, і набагато рідше – на закріплення обов'язків інвестора чи промоцію КСВ [76, с. 3]. Зокрема, за даними Аналізу ОЕСР щодо інвестиційного права, сталого розвитку та відповідального ведення бізнесу від 2014 року (надалі – *«Аналіз ОЕСР»*), сама лиш згадка про сталий розвиток та КСВ міститься лише у 12% інвестиційних угод. При цьому, ці 12% включають в себе питання *«охорони навколишнього середовища (10%), за ним йдуть стандарти праці (5,5%), боротьба з корупцією (1,5%) та права людини (0,5%)»* [146, с. 5].

Тим не менш, слід відзначити, що ця тенденція змінюється, адже, як повідомляє ЮНКТАД, з 15-ти інвестиційних угод підписаних в 2019 році 11-ть містить посилання на цілі сталого розвитку, дотримання прав людини тощо [147, с. 112-113].

Професор Л. Дубін за типом встановлених обов'язків в контексті КСВ інвесторів поділяє інвестиційні угоди на три ключові категорії:

- угоди, в яких держави зобов'язуються заохочувати інвесторів добровільно дотримуватися стандартів КСВ;
- угоди, що зобов'язують держав здійснювати внутрішньо державний контроль над дотриманням стандартів КСВ;
- угоди, що покладають на інвесторів прямі обов'язки дотримуватися національного законодавства, не порушувати права людини тощо [148].

До першої групи угод можна віднести, наприклад, Всебічну економічну і торговельну угоду між Канадою та ЄС (англ. «*Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States*») [148; 149]. У частині 2 (b) статті 22.3 дана угода покладає на договірних сторін обов'язок «заохочувати підготовку та використання на підприємствах добровільних передових практик корпоративної соціальної відповідальності, таких як ті, що містяться в Керівних принципах ОЕСР для транснаціональних корпорацій з метою сприянню узгодженості між економічними, соціальними та екологічними цілями» [149].

Схоже положення міститься в статті 14.17 Угоди між США, Мексикою та Канадою від 2018 року (вступила в силу в 2020 році) (англ. «*Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*») [150], що була розроблена для заміни давнішої і менш пристосованої до сучасних викликів Північно-американської угоди про вільну торгівлю (англ. «*North American Free Trade Agreement*») [151].

Однак, такі положення не встановлюють чітких обов'язків для інвесторів, а швидше зобов'язують держави вчиняти певні дії для того, щоб поширити добровільну імплементацію стандартів КСВ [148; 152, с. 3]. Тим не менш, саме лиш зазначення про цілі сталого розвитку в тексті та в преамбулі також має значення, адже воно відображає, в тому числі, мету укладення відповідної угоди. Це, в свою чергу, може враховуватися інвестиційними трибуналами при

тлумаченні обсягу прав інвесторів [153, с. 92], адже згідно з частиною 1 статті 31 Віденської конвенції при тлумаченні слід брати до уваги і контекст відповідних положень у договорі [104].

Зазначення таких цілей в інвестиційних угодах як захист прав людини, охорона довкілля, забезпечення стандартів праці тощо забезпечує державам можливість регулювати поведінку інвесторів, що в свою чергу встановлює вищий стандарт доведення порушення приймаючими державами їх обов'язків щодо захисту інвестицій. Наприклад, такий підхід застосовував трибунал у справі *Al Tamimi v. Oman*, де, серед іншого, він взяв до уваги те, що відповідна двостороння інвестиційна угода передбачала необхідність ефективно імплементувати заходи для охорони довкілля, що, на думку трибуналу, надавало державам-підписантам можливість застосовувати ширшу дискрецію у регулюванні [154, п. 389-390].

Тим не менш, для зустрічних вимог саме чітке встановлення обов'язків інвесторів в міжнародному праві матиме значення, адже відповідні обов'язки становлять прямий базис для розгляду зустрічних вимог [148].

3.1.4. Інвестиційний контракт та національне право як джерела обов'язків інвестора

Ще одним джерелом обов'язків інвестора є інвестиційний контракт, який укладається безпосередньо між інвестором та приймаючою державою [137, с. 219]. Спори у зв'язку з порушенням інвестиційних контрактів розглядаються ще з 1970-х років, коли мали місце так звані лівійські нафтогазові справи, а саме *Texaco v. Libya* [138], *British Petroleum v. Libya* [155], та *LIAMCO v. Libya* [156].

В інвестиційних контрактах може передбачатися, що інвестор несе не лише обов'язок вчасно сплачувати платежі державі, а й обов'язок не порушувати її законодавство, не завдавати шкоди довкіллю, не порушувати права людей, що можуть підпадати під вплив проєкту тощо [157, с. 15-16]. В такому випадку, порушення інвестором цих зобов'язань може вважатися підставою для подання

та розгляду зустрічних позовних вимог в арбітражному провадженні, якщо інвестиційний контракт передбачає міжнародний інвестиційний арбітраж як спосіб вирішення спорів між сторонами [4, с. 92-108].

Крім цього, в обмежених випадках базисом для зустрічних позовних вимог може слугувати і національне право приймаючої держави. В підтримку цієї тези можна навести справу *Burlington v. Ecuador*. У цій справі Еквадор подав зустрічну позовну вимогу у зв'язку з тим, що компанія завдала шкоди екваторіальним лісам Амазонки, а також корінному населенню, яке там проживало. Трибунал визнав, що інвестор при здійсненні діяльності з видобутку нафти порушив регуляторні вимоги національного законодавства Еквадору [5, п. 1074]. За результатами розгляду справи трибунал навіть присудив виплатити Еквадору компенсацію у розмірі 39,2 млн. доларів для відновлення попереднього стану довкілля, яке значно постраждало від діяльності інвестора, а також 2,5 млн. доларів за порушення компанією своїх обов'язків щодо обслуговування інфраструктури [5, п. 1099].

Інший інвестиційний трибунал так само вирішив і справу *Perenco v. Ecuador*. *Perenco* та *Burlington* здійснювали спільну діяльність з видобутку нафти, а відтак зустрічна позовна вимога Еквадору щодо негативного впливу на довкілля у цій справі була ідентичною до вимоги, яку Еквадор подав у справі проти *Burlington* [158, с. 23]. Трибунал визнав, що *Perenco*, серед іншого, порушило регуляторні правила передбачені в законодавстві Еквадору [159, п. 611]. Як результат, трибунал вирішив, що *Perenco* має сплатити 2,5 млрд. доларів Еквадору у зв'язку зі шкодою лісам Амазонки [6, п. 1023]. До слова, ці справи є першими і наразі єдиними, що базувалися на інвестиційних угодах і де інвестиційні трибунали визнали наявність порушень зі сторони інвестора в ході розгляду зустрічної вимоги та на підставі цього присудили виплатити компенсацію державі-відповідачу.

Тут варто зазначити, що розглянути по суті ці питання дозволило саме успішне вирішення питання юрисдикції трибуналів на розгляд зустрічних вимог. У справі *Burlington v. Ecuador* компанія сама визнала, що трибунал має

юрисдикцію на розгляд зустрічних вимог [5, п. 60]. У справі *Perenco v. Ecuador* трибунал вирішив, що компанія має бути зупинена від того, щоб заявляти заперечення щодо розгляду зустрічної вимоги з огляду на те, що протягом п'яти років з початку розгляду цієї справи *Perenco* ніяких заперечень не висловлювало, тобто по суті надало свою мовчазну згоду на розгляд зустрічних позовних вимог Еквадору [160, п. 44]. Таким чином, інвестори прямо (*Burlington v. Ecuador*) або непрямо (*Perenco v. Ecuador*) погодилися з тим, що вимоги базовані на національному праві можуть розглядатися у цих провадженнях.

Слід також розглянути справу *Amco v. Indonesia*, яка розглядалася на підставі інвестиційного контракту і де держава-відповідач подала зустрічну вимогу у зв'язку з порушенням національного законодавства. У цій справі Індонезія стверджувала, що позивач порушив положення податкового законодавства, а саме ухилявся від сплати податків. Оцінюючи цей аргумент, трибунал вказав, що слід розрізняти права та обов'язки, які впливають з національного права та права та обов'язки, що закріплені в інвестиційному контракті, укладеному напрямку з приймаючою державою [67, п. 125]. Трибунал підсумував: «[о]бов'язок не брати участь у податковому шахрайстві, очевидно, є зобов'язанням, що випливає з законодавства Індонезії. Він не був спеціально передбачений в інвестиційному контракті і не виникає безпосередньо з інвестиції» [67, п. 126].

В цьому контексті слід зазначити, що традиційний підхід, який випливає з наявної практики інвестиційних трибуналів, передбачає необхідність закріплення національного законодавства в інвестиційній угоді або контракті для того, щоб трибунал задовольнив вимогу про його порушення [69, п. 871-873; 90, п. 7.19]. У вище згаданій справі *Al-Warraq v. Indonesia* трибунал визнав, що в інвестора був обов'язок дотримуватися національного законодавства, так як він був чітко передбачений в інвестиційній угоді [22, п. 663]. Однак, у цій справі трибунал вирішив, що такий обов'язок не був порушений [22, п. 672].

Обов'язок з дотримання національного законодавства закріплений, наприклад, в частині 3 статті 14 Угоди між Словацькою Республікою і

Ісламською Республікою Іран про заохочення та взаємний захист інвестицій (англ. «*Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*»): «[в]ідповідач може посилатися для захисту, подання зустрічного позову, здійснення взаємо зарахувань чи іншої схожої вимоги на те, що позивач не виконав своїх зобов'язань за цією Угодою щодо дотримання законодавства приймаючої держави [...]» [161]. Схожий обов'язок міститься і у частині 9 статті 28 Угоди щодо інвестиційної зони Спільного ринку для Східної та Південної Африки [74], а також в статті 14.11 Модельної двосторонньої інвестиційної угоди Республіки Індія (англ. «*Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty*») від 2015 року [162].

У іншій справі, *Russoro Mining v. Venezuela*, трибунал відхилив зустрічну вимогу щодо недотримання інвестором плану гірничих робіт. При цьому, він вказав, що обов'язок з дотримання цього плану передбачений національним правом, однак, обов'язок щодо дотримання національного законодавства в інвестиційній угоді між Канадою та Венесуелою не передбачений [70, п. 628].

Таким чином, національне право може слугувати підставою для зустрічної вимоги у разі, якщо обов'язок з його дотримання чітко передбачений в інвестиційній угоді чи інвестиційному контракті або ж якщо сам інвестор прямо чи непрямо погоджується на розгляд таких вимог. Однак, саме по собі національне право навряд чи можна вважати повноцінним базисом для зустрічної вимоги, виходячи з наявної практики арбітражних трибуналів.

3.1.5. Загальна характеристика та вплив інструментів м'якого права на формування та утвердження обов'язків інвестора

Крім власне джерел, які прямо покладають обов'язки на інвестора, слід також розглянути і документи так званого м'якого права. Це, зокрема, рекомендації у сфері прав людини та спрямовані на їх дотримання

транснаціональними корпораціями та приватними компаніями загалом [163; 164; 165].

Дані рекомендаційні документи розвинулися як альтернатива до міжнародних угод, що могли б покласти на компанії чітко встановлені обов'язки. Ще в 1973 році Економічна і соціальна рада ООН надала мандат на написання міжнародної угоди, яка б регулювала діяльність транснаціональних корпорацій [21, с. 25]. В результаті, робоча група підготувала в 1983 році Проєкт кодексу поведінки транснаціональних корпорацій (англ. «*Draft Code of Conduct for Transnational Corporations*»), який поступово доукомплектовувала протягом 1990-х років [166, с. 31]. Проєкт покрити значне коло питань діяльності корпорацій та урядів держав, де корпорації здійснюють свою діяльність, та стосувався захисту прав споживачів, протидії корупції, забезпечення національного суверенітету, захисту прав людини тощо [167]. Однак, держави між собою так і не змогли знайти консенсусу щодо того, чи слід у цьому документі передбачати власне обов'язки компаній [166, с. 50-59]. Навіть нібито фінальний проєкт так і не був остаточно погоджений, а тому значна частина положень так і залишилася неуніфікованою з кількома запропонованими альтернативами [167].

Іншою спробою підготувати угоду, яка б регулювала діяльність міжнародних корпорацій була підготовка договірної інструменту під назвою «Правила відповідальності транснаціональних корпорацій та інших компаній стосовно порушень прав людини» (англ. «*Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*») (надалі – «**Правила щодо обов'язків корпорацій**») [168]. Дані правила були створені під егідою Підкомісії ООН щодо сприяння та захисту прав людини в 2003 році [21, п. 77]. В їх преамбулі зазначається, що «*[...] хоча держави несуть основну відповідальність за [...] захист прав людини, транснаціональні корпорації [...] також мають нести відповідальність за сприяння в реалізації та забезпечення прав людини, закріплених в Загальній декларації*» [168, с. 1]. Правила щодо обов'язків корпорацій покладають чіткий обов'язок на

транснаціональні компанії не допускати дискримінацію, не порушувати права людини, не сприяти здійсненню геноциду, торгівлі людьми тощо, не шкодити довкіллю та дотримуватися національного законодавства країни, де вони провадять свою діяльність [168]. Про те, що ці положення мають обов'язковий характер, свідчать вжиті авторами імперативні формулювання, зокрема, слово «*shall*» (укр. – повинні, мають). Хоча Правила оригінально задумувалися як проєкт договору, коли Підкомісія представила їх Комісії ООН з прав людини, остання його відхилила [21, п. 78].

Ідея прийняття правового інструменту, який би покладав обов'язки на приватні компанії, не знайшла підтримки серед урядів країн, у тому числі і через те, що це б зменшило роль держав у захисті та забезпеченні прав людини [21, п. 75-85]. У світлі цього, ООН та інші організації, як правило, почали концентруватися на підготовці необов'язкових документів рекомендаційного характеру.

Одним з найвідоміших рекомендаційних документів є Керівні принципи ООН з питань бізнесу і прав людини від 2011 року (англ. «*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*») (надалі – «**Керівні принципи ООН**»). Вони базуються на трьох засадах: по-перше, обов'язках держави у сфері прав людини, по-друге, КСВ компаній та, по-третє, забезпечення ефективних засобів захисту для фізичних осіб від порушень їхніх прав компаніями. При цьому, Керівні принципи ООН чітко зазначають, що «*[н]іщо в цих Керівних принципах не слід тлумачити як таке, що створює нові міжнародні обов'язки [...]*» [163, с. 1].

Стосовно змісту самих рекомендацій, в коментарі до Принципу 11 зазначається, що від корпорацій очікується сприяння захисту прав людини і що їм слід приймати відповідні заходи для того, щоб запобігати порушенням цих прав [163, с. 11]. В продовження цієї тези, Принцип 13 передбачає, що якщо такі порушення все ж мали місце, корпораціям слід повністю усувати або хоча б максимально зменшувати негативні наслідки таких порушень [163, с. 14-15].

Крім цього, для попередження порушень компанії також мають мати в розпорядженні та імплементувати відповідні політики та проводити належну

перевірку у сфері захисту прав людини (англ. «*human rights due diligence*») [163, с. 16-19]. Керівні принципи ООН отримали одноголосне схвалення Комітету ООН з прав людини [169], а висвітлена ідея КСВ була в подальшому підтримана і низкою компаній, зокрема, Кока Колою [170] та Дженерал Елекстрікс [171].

Крім ООН, значні кроки у розвитку та утвердженні КСВ компаній зробила і ОЕСР. Зокрема, в рамках Декларації ОЕСР про міжнародні інвестиції та транснаціональні корпорації (англ. «*Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*») (надалі – «**Декларація ОЕСР**») у 1976 році було затверджено Правила ОЕСР для транснаціональних корпорацій (чинна редакція від 2011 року) (англ. «*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*») (надалі – «**Правила ОЕСР**») [172].

Хоча самі по собі для компаній вони мають рекомендаційний характер, підписуючи їх, держави беруть на себе обов'язок імплемувати передбачені положення у національному законодавстві [172, п. 1]. Згідно з Правилами ОЕСР, компанії мають дотримуватися стандартів КСВ, не порушувати права людини, проводити належну перевірку щодо їх дотримання, уникати або ж зменшувати шкоду від своєї діяльності, забезпечувати належний захист довкілля, протидіяти корупції тощо [172]. До Декларації ОЕСР, а відповідно і до Правил ОЕСР, приєдналося 50 держав, серед яких і Україна (відповідне рішення було прийняте 15 березня 2017 року) [173].

Крім вищевказаних інструментів, слід також відзначити Тристоронню декларацію принципів, що стосуються транснаціональних корпорацій та соціальної політики (англ. «*Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*»), розроблену МОП в 1977 році (надалі – «**Тристороння декларація МОП**»), що слугує взірцем для корпорацій щодо забезпечення дотримання трудових прав [165], а також Глобальний договір ООН (англ. «*UN Global Compact*»), який відкритий для підписання компаніями з 2000 року з метою побудови їх корпоративної політики в розрізі Цілей ООН зі сталого розвитку [174].

Таким чином, станом на сьогодні наявна значна кількість рекомендаційних правил щодо відповідального ведення корпораціями своєї діяльності. Практика держав свідчить, що в міжнародній спільноті наразі немає консенсусу щодо запровадження обов'язкового інструменту, який би покладав на компанії не лише рекомендації, а й власне обов'язки [30, с. 57; 166, с. 50-59]. Однак, навіть такі рекомендаційні документи мають важливе значення для подальшого розвитку цього питання у площині міжнародного права. Вони декларують те, що приватні особи також мають враховувати сталий розвиток та права людини в своїй діяльності, а також слугують свого роду поясненнями для компаній, як краще втілити дані цілі у життя, що аж ніяк не менш важливо [30, с. 55-57].

Також, наявність даних інструментів м'якого права виражає спільність підходу держав у тому, що корпорації мають дотримуватися стандартів поведінки, закріплених у цих документах [30, с. 55-57]. Відтак, це впливає і на визначення обсягу прав інвесторів у разі конфлікту між їх правами та правом держави регулювати діяльність на своїй території. Зокрема, з посиланням на Керівні принципи ООН та Тристоронню декларацію МОП інвестиційний трибунал у справі *Urbaser v. Argentine Republic* зазначив, що «[...] міжнародне право визнає корпоративну соціальну відповідальність як стандарт, що має вирішальне значення для компаній, що здійснюють діяльність у сфері міжнародної торгівлі. Цей стандарт включає зобов'язання дотримуватись прав людини в рамках [цієї діяльності – прим. авт.] [...]» [73, п. 1195]. При цьому, трибунал зазначив, що Інвестиційна угода між Аргентиною та США не може існувати у вакуумі, незалежно від цих інструментів та міжнародних договорів у сфері захисту прав людини, а тому вони обов'язково мають братися до уваги при тлумаченні положень інвестиційної угоди щодо визначення прав і, де можливо, обов'язків інвесторів [73, п. 1200-1201; 130].

Крім того, ці інструменти також задають поштовх для подальшої можливості написання та укладення міжнародного договору, де б передбачалися вже не лише права, а й обов'язки транснаціональних корпорацій, або хоча б

переговорів між урядами країн щодо перспектив впровадження такого інструменту [30, с. 55-57].

3.2. Реформа закріплення обов'язків інвесторів у міжнародних інвестиційних угодах

У цьому підрозділі описується механізм впровадження обов'язків інвесторів як підстави для заявлення зустрічних позовних вимог, а саме розглядається (3.2.1.) характеристика нового виду угод з закріпленням прямих обов'язків інвесторів, а також (3.2.2.) шляхи впровадження та потенційні наслідки реформи закріплення обов'язків інвесторів у інвестиційних угодах.

3.2.1. Характеристика нового виду угод з закріпленням прямих обов'язків інвесторів

Проблема юридизації обов'язків інвесторів постає особливо гостро в контексті зустрічних позовних вимог. Саме через відсутність чітко передбачених обов'язків інвестора у відповідних інвестиційних угодах, трибунали у справах *Urbaser v. Argentine Republic* та *David Aven v. Costa Rica* відмовили державам-відповідачам у їх задоволенні [72, п. 743; 73, п. 1207].

Зокрема, трибунал у справі *Urbaser v. Argentine Republic* зазначив, що «[...] жодне з положень двосторонньої інвестиційної угоди не має наслідком розширення або передачі Концесіонеру зобов'язання при наданні послуг дотримуватися прав людини [...]» [73, п. 1207]. Крім цього, трибунал наголосив, що власне обов'язки щодо забезпечення дотримання прав людини, в тому числі і право на доступ до питної води, покладаються саме на державу згідно з міжнародним правом, але не на інвестора. І саме держава має здійснити свій позитивний обов'язок з забезпечення населення питною водою. Однак, що важливо, трибунал також вказав, що негативний обов'язок щодо прав людини,

тобто обов'язок їх не порушувати, потенційно може поширюватися і на приватних осіб, в тому числі і на інвесторів [73, п. 1208-1210].

У справі *David Aven v. Costa Rica*, де розглядалася зустрічна позовна вимога щодо порушення обов'язків інвестора з захисту довкілля, трибунал також вказав, що такого обов'язку на інвестора прямо не покладено. При цьому, право держави згідно з інвестиційною угодою приймати нормативно-правові акти чи вчиняти інші дії з метою захисту довкілля не означає, що інвестор згідно з цим положенням несе будь-які обов'язки [72, п. 743].

З огляду на те, що глобальна угода, яка б чітко встановлювала обов'язки корпорацій має незначну перспективу в найближчому майбутньому, міжнародні організації та уряди деяких країн пропонують реформувати наявні інвестиційні угоди [3, п. 41]. Більше того, включення в інвестиційні угоди положень, більш орієнтованих на досягнення цілей сталого розвитку, є одним з сучасних трендів у сфері міжнародного інвестиційного права [146, с. 6]. Зокрема, згідно з Аналізом ОЕСР близько $\frac{3}{4}$ інвестиційних та торговельних угод (що також містять положення про захист інвестицій), укладених протягом 2008-2013 років, містять хоча б певну згадку про охорону довкілля, боротьбу з корупцією, забезпечення належних стандартів праці чи захисту прав людини [146, с. 10-12].

При цьому, кількість угод, орієнтованих на дотримання вище наведених цілей, відрізняється в залежності від конкретної держави-підписанта. Наприклад, оцінюючи саме двосторонні інвестиційні угоди, станом на 2014 рік такі країни як Бразилія, Данія, Греція, Ізраїль, Норвегія не були підписантами жодної угоди, де би згадувалися хоча б одна з чотирьох вказаних цілей. В цей же час, відповідні цілі вказуються 70-90% двосторонніх інвестиційних угод Японії, Канади, Нової Зеландії та США [146, с. 13-14]. Таким чином, можемо спостерігати доволі значні відмінності в характері інвестиційних угод різних країн.

Тим більше, станом на сьогоднішній день охорона довкілля, захист прав людини, боротьба з корупцією та забезпечення належних стандартів праці, як правило, згадуються серед пунктів преамбули, положень щодо права держав регулювати діяльність на своїй території, вимог не занижувати стандартів

ведення діяльності для інвесторів, обов'язку держав щодо кооперації між собою для забезпечення досягнення відповідних цілей та заохочення інвесторів дотримуватися стандартів КСВ [146, с. 15-17]. Безумовно, закріплення таких положень має значення, зокрема щодо тлумачення положень відповідних угод, однак, як зазначалось вище, чітких обов'язків на інвесторів рахуватися з цими цілями при здійсненні своєї діяльності такі положення не покладають [72, п. 743].

У зв'язку з цим виникла ідея реформувати інвестиційні угоди, передбачаючи в них не лише права, а й обов'язки інвесторів [3, с. 41, 45]. Ця реформа вже втілена в частині модельних інвестиційних угод, підготованих міжнародними організаціями, які можуть використовуватися як шаблони для урядів держав [113; 175]. До того ж, певні держави вже уклали такі інвестиційні угоди (наприклад, Марокко, Нігерія, Аргентина, Катар) [176; 177] або ж розробили модельні прототипи (наприклад, Нідерланди, Індія), де передбачаються обов'язки інвесторів [162; 178]. При цьому, ці угоди не залишатимуться лише на папері, а мають всі шанси бути втіленими в життя. Наприклад, уряд Нідерландів вже заявив, що планує привести всі 78-м зовнішніх двосторонніх угод (англ. «*extra-EU BITs*»), до яких Нідерланди є стороною, у відповідність зі своєю модельною інвестиційною угодою [21, п. 4]. Для кращого розуміння підходів щодо реформи інвестиційних угод слід розглянути деякі з них більш детально.

Одним з найкращих зразків нового виду інвестиційних угод є Модельна двостороння інвестиційна угода Співтовариства південноафриканських країн з питань розвитку (англ. «*Southern African Development Community Model Bilateral Investment Treaty template*») від 2012 року [175]. Дана модельна угода була складена за результатом вісімнадцяти місяців плідних переговорів між 16-ма державами-членами Співтовариства з метою забезпечення сталого розвитку, права держав встановлювати рамки для діяльності інвесторів та встановлення балансу між відповідними правами держави та інвестора [175, с. 5; 179].

Розділ III цієї угоди присвячений правам, а також обов'язкам держави та інвестора. Зокрема, стаття 11 передбачає, що *«[і]нвестори та інвестицій повинні дотримуватися всіх законів, нормативних актів, адміністративних правил та політики приймаючої держави щодо створення, придбання, управління, використання та розпорядження інвестиціями»*. Крім, цього інвестор має обов'язок надавати інформацію під час здійснення інвестиції або в ході своєї діяльності приймаючій державі, в тому числі інформацію щодо такої діяльності, історії компанії, політик тощо (звісно, зважаючи на конфіденційність певної інформації) (стаття 12) [175].

Також, інвестор має проводити оцінку з впливу на довкілля та впливу на права людини перед початком здійснення діяльності (стаття 13) [175]. Даний обов'язок є надзвичайно важливим з огляду на те, що певні інвестиційні проекти можуть негативно впливати на навколишнє середовище та населення відповідного регіону, а не у всіх країнах обов'язок проводити таку оцінку може бути передбачений в національному законодавстві [12, с. 225]. При цьому, під час здійснення такої оцінки інвестор має керуватися принципом запобігання шкоді (англ. *«precautionary principle»*). Однак, слід також зазначити, що угода не передбачає процедури здійснення такої оцінки, а стандарт якому вона має відповідати є опційним, тобто обрання певного стандарту віднесене до компетенції самих держав (частина 1 статті 13) [175].

Крім цього, модельна угода зобов'язує інвесторів впроваджувати мінімальні стандарти з охорони праці та забезпечення прав людини при здійсненні своєї діяльності як передбачено в Декларації МОП про основоположні принципи і права у сфері праці (стаття 15), а також протидіяти корупції та розвивати відповідальну корпоративну політику (статті 10, 16, 18). З метою належної реалізації цього широкого кола обов'язків модельна угода також прямо передбачає можливість приймаючої держави в ході арбітражного провадження подати зустрічний позов проти інвестора у зв'язку з порушенням цих обов'язків (частина 2 статті 19) [175].

Дуже схожі положення містяться в статтях 19-24 та 34 Проекту Пан-африканського інвестиційного кодексу (англ. «*Draft Pan-African Investment Code*») [180], підготованого Комісією Африканського союзу протягом 2008-2016 років з метою утвердження нового виду інвестиційних угод між державами-членами та пошуку балансу між правами держави та інвесторів [181].

Однак, як Модельна угода, так і Проєкт Пан-африканського інвестиційного кодексу являють собою лише набір опцій та найкращих практик, щодо імплементація яких держави вирішують самі. Вони наразі не становлять обов'язковий правовий інструмент, які держави африканського регіону повинні брати до уваги при обговоренні чи укладенні власних інвестиційних угод [175, с. 3; 181, с. 1-2].

Наступним модельним інструментом, який не можна оминати увагою, є Модельна інвестиційна угода Королівства Нідерландів (англ. «*Netherlands Model Investment Agreement*») від 2019 року [178]. Як зазначив Міністр закордонних справ Нідерландів, однією з цілей цієї угоди є «*поширення сталого розвитку та інклюзивності з огляду на роль, яку інвестори можуть грати у просуванні Цілей ООН зі сталого розвитку*» [182].

Дана угода забезпечує досягнення цілей сталого розвитку в двох аспектах. По-перше, в статті 6 вона передбачає, що держави-підписанти повинні забезпечити приведення свого внутрішнього законодавства до міжнародних стандартів з метою досягнення цілей сталого розвитку, в тому числі забезпечення дотримання прав людини, а також висловлює взаємне прагнення імплементувати у внутрішнє законодавство стандарти встановлені у Керівних принципах ООН та Принципах ОЕСР щодо КСВ (частина 2 статті 7). З іншого боку, стаття 7 вказує, що інвестори мають дотримуватися національного законодавства приймаючої держави, а також прагнутимуть дотримуватися інструментів м'якого права описаних в частині 3.1.5. цієї роботи [178]. Таким чином, ця модельна угода більш ефективна в застосуванні за рахунок того, що вона, крім обов'язків інвесторів, зобов'язує самих держав йти в ногу з міжнародними стандартами у сфері сталого розвитку.

Ще однією угодою, на якій варто наголосити, є Угода про взаємне сприяння та захист інвестицій між Республікою Аргентина та Державою Катар (англ. «*Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments Between the Argentine Republic and the State of Qatar*») від 2016 року (ще не вступила в силу) (надалі – «**Інвестиційна угода між Аргентиною і Катаром**») [176]. Ця інвестиційна угода передбачає у статті 11, що інвестори повинні дотримуватися національного права приймаючої держави. Вона також заохочує інвесторів у своїй діяльності керуватися стандартами КСВ та встановлювати відповідні корпоративні політики (стаття 12). Крім того, Інвестиційна угода між Аргентиною і Катаром, хоч непрямо, але встановлює можливість подання зустрічних позовних вимог в ході арбітражного розгляду (частина 4 статті 14) [176].

Однак, першість щодо деталізації закріплених обов'язків інвесторів серед укладених між державами обов'язкових інвестиційних угод займає Угода про взаємне сприяння та захист інвестицій між Урядом Королівства Марокко та Урядом Федеративної Республіки Нігерія (англ. «*Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*») від 2016 року (ще не вступила в силу) (надалі – «**Інвестиційна угода між Марокко та Нігерією**») [177].

Дана інвестиційна угода передбачає широке коло обов'язків інвесторів договірних сторін. Перш за все, інвестори повинні дотримуватися внутрішнього законодавства приймаючої держави (стаття 24). Вони також мають проводити оцінку з впливу їх діяльності на довкілля, а також впливу на права людини. Згідно з частиною 1 статті 14 Угоди, така оцінка має «*відповідати вимогам, які до неї ставляться або згідно з законодавством приймаючої держави [...] або згідно із законодавством держави походження [...], залежно від того, яке з них ставить вищі вимоги стосовно даної інвестиції*» (виділення додане) [177].

Інвестиційна угода між Марокко та Нігерією встановлює обов'язок як для держав, так і для інвесторів щодо протидії корупції (стаття 17), а також низку зобов'язань в статті 18 щодо діяльності інвесторів після того, як вони зробили

інвестицію (англ. *«post-establishment obligations»*). Вони включають, зокрема, дотримання прав людини та стандартів праці, а також недопущення завдання шкоди довкіллю [177].

Крім того, інвестори повинні дотримуватися стандартів корпоративного управління, проводити консультації з місцевим населенням, де можливо, щодо інвестиційних проєктів (стаття 19), а також прагнути дотримуватися в своїй діяльності Цілей ООН зі сталого розвитку (стаття 24). При цьому, в статті 15 Угода покладає позитивний обов'язок на держав щодо імплементації міжнародних стандартів захисту прав людини та охорони праці у внутрішнє законодавство, а також забороняє підписантам знижувати відповідні стандарти для того, щоб привабити потік інвестицій [177].

Інвестиційна угода між Марокко та Нігерією наразі є єдиною підписаною інвестиційною угодою, що передбачає настільки широке коло обов'язків інвесторів. Інші угоди, якщо і передбачають зобов'язання, то вони переважно зводяться до обов'язку дотримуватися національного законодавства [74; 161; 162]. І хоча Інвестиційна угода між Марокко та Нігерією прямо не передбачає можливості для приймаючої держави подати зустрічну вимогу проти відповідача, фактична імплементація цих положень Марокко та Нігерією все ж надзвичайно важлива для подальшого поширення цієї тенденції серед інших країн, особливо тих, що з ними межують. Обидві країни розвиваються дуже стрімко, *«[в] 2016 році прямі іноземні інвестиції (ПІІ) в Нігерію та Марокко склали 6,3 млрд. доларів США»* та є одними з перших в регіоні щодо цього показника [183, с. 4].

З огляду на вище написане, цілком імовірно, що практика укладання таких угод, де чітко передбачається ширше коло обов'язків інвесторів, буде поширюватися і надалі.

3.2.2. Шляхи впровадження та потенційні наслідки реформи закріплення обов'язків інвесторів в інвестиційних угодах

Як зазначено вище, протягом останніх років відбувається відхід від стандартної асиметричної концепції інвестиційних угод як таких, що закріплюють за інвестором виключно права [2, с. 119]. Для того, щоб допомогти державам в реформуванні інвестиційних угод в 2012 році ЮНКТАД прийняв документ під назвою «Основи інвестиційної політики для сталого розвитку» (англ. «*Investment Policy Framework for Sustainable Development*») («**Основи інвестиційної політики ЮНКТАД**»), зараз чинні в редакції від 2015 року [153]. Цей документ передбачає, що політика держав у сфері захисту інвестицій має бути побудована з метою досягнення, серед іншого, передбачених деталізованих обов'язків інвесторів в інвестиційних угодах та закріплення права держав регулювати діяльність інвесторів на своїй території, а також досягнення згоди на міжнародному рівні щодо інвестиційної політики [153, с. 72].

Впровадження обов'язків інвесторів в інвестиційних угодах можливо здійснити кількома способами. Перший підхід, виражений в низці інвестиційних угод, передбачає, що слід закріпити обов'язок інвестора дотримуватися національного законодавства, що в свою чергу охоплюватиме і обов'язки приватних осіб не порушувати права людини, не вчиняти шкоди довкіллю тощо [152, с. 2].

Однак, не у всіх державах національне законодавство передбачає широкий спектр гарантій щодо захисту прав людини чи охорони довкілля, в тому числі належної перевірки у сфері захисту прав людини, оцінки з впливу на права людини чи довкілля тощо [12, с. 225; 152]. Тим більше, для того, щоб заохотити інвестиції, держави, що розвиваються, можуть передбачати у національному законодавстві чи в інвестиційному контракті з інвестором так звані «*freezing clauses*» або ж «*stabilization clauses*», які не допускають застосування до інвестицій законодавства, що було прийняте або змінене після здійснення інвестиції [25, с. 458-462].

І навіть якщо національне законодавство передбачає такі гарантії, не завжди вони можуть бути реалізованими на практиці. Як зазначив Дж. Раггі, автор Керівних принципів ООН, на якого посилається Д. Гаукроджер у

консультаційному висновку, підготованому Секретаріатом ОЕСР, «[...] держави в багатьох випадках не виконують їх, тому що вони не мають можливості, бояться відповідних наслідків або тому що їх очільники витрачають публічні блага на задоволення власних потреб» [21, п. 9]. Хоча встановлення обов'язку інвестора дотримуватися національного законодавства в інвестиційній угоді в будь-якому випадку матиме позитивний ефект, в тому числі і в контексті подання зустрічних позовних вимог, у такому обов'язку буде небагато користі, якщо саме національне законодавство не покладає ключових зобов'язань на інвесторів. З метою уникнення цього найбільш доцільно було б передбачати в інвестиційних угодах також і обов'язок приймаючих держав привести своє законодавство до міжнародних стандартів, як це встановлено в статті 6 Модельної інвестиційної угоди Нідерландів [178].

Іншим підходом до імплементації реформи інвестиційних угод є деталізація обов'язків інвесторів в самих угодах з посиланням безпосередньо на міжнародні інструменти, як це втілено в Інвестиційній угоді між Марокко та Нігерією [152, с. 2; 177]. На думку авторки цієї роботи, такий підхід би забезпечив більш чітку регламентацію дій, які інвестор матиме вчинити перед тим, як інвестувати, зокрема, провести належну оцінку впливу проєкту на довкілля та права людини (що особливо важливо в контексті корінних народів), а також і дотримання відповідних стандартів вже після здійснення інвестиції.

До того ж, закріплення деталізованих обов'язків покликане відкрити можливість, в тому числі, і для зменшення розміру збитків інвесторів. Зокрема, у справі *Bear Creek Mining v. Peru*, у своїй окремій думці професор та практикуючий арбітр Ф. Сендс зазначив, що, на його думку, розмір збитків слід було наполовину зменшити. Зокрема, він вказав, що інвестор частково своєю поведінкою сам посприяв виникненню збитків, адже прийняття Перу рішення про припинення концесії було зумовлене протестами місцевого корінного населення, а інвестор перед початком діяльності належним чином не провів консультації з певними корінними народами, як цього вимагали міжнародні

стандарти, а саме Конвенція МОП № 169 про корінні народи і народи, що ведуть племінний спосіб життя в незалежних країнах [185].

В цьому контексті не можна не відзначити і те, що останнім часом інвестиційні трибунали все більше і більше зважають на питання сталого розвитку, КСВ та захисту прав людини. За даними Аналізу ОЕСР станом на 2014 рік більш ніж $\frac{1}{4}$ всіх рішень інвестиційних трибуналів містили згадку про вище наведені питання та посилення на базові правові інструменти у сфері захисту прав людини, як от Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод тощо [146, с. 5, 24-25].

Іншим дискусійним питанням, що постає в контексті реформи інвестиційних угод, є те, на які саме угоди вона має бути націленою: лише майбутні чи також і чинні. Річ у тім, що як зазначають Л. Полсен та Г. Гертц, *«більшість нових інвестиційних спорів виникає щодо угод, підписаних щонайменше 15-20 років тому, а не стосовно прийнятих в останні роки»* [186]. Враховуючи, що держави зараз нечасто переукладають чи укладають нові інвестиційні угоди через вже, як правило, злагоджену мережу наявних, ефект від зміни підходів до укладення майбутніх угод і тільки буде дещо слабким. Відтак, найкращим шляхом для держав було б переукласти вже чинні дво- та багатосторонні угоди, як це планують зробити Нідерланди. Тим не менш, велика кількість інвестиційних угод до реформування свідчить про те, що це навряд буде здійснено найближчим часом [186].

З іншого боку, існує позиція, що закріплення обов'язків інвестора може позбавити інвестиційні угоди їх першочергового сенсу, а саме захисту та заохочення інвестицій [187, с. 85]. На думку деяких вчених-правників, це, в свою чергу, може призвести до того, що знизиться потік інвестицій у держави, що поклали на інвесторів додаткові обов'язки, так як останні обиратимуть ту юрисдикцію для ведення своєї діяльності, що забезпечуватиме їм максимальний захист [187, с. 85; 188, с. 463]. При цьому, інвестиції часто сприяють поширенню нових технологій та інновацій, забезпеченню робочих місць, а також збільшення

конкуренції на ринку і, відповідно, зниження цін на певні товари, послуги чи продукти [21, п. 8].

Однак, наразі залишається недоведеним позитивний вплив інвестиційних угод на притік капіталу у приймаючу державу [12, с. 229; 189, с. 28-31]. Опитування інвесторів з Австралії, Бразилії, Китаю, США, ЄС доводять, що самі ж інвестори не вважають інвестиційні угоди одним з ключових факторів при виборі країни, куди б вони хотіли здійснити інвестицію. Більше того, іноді інвестори при прийнятті бізнес-рішень можуть не брати до уваги інвестиційні угоди взагалі. Натомість, інвестори більше зважають саме на наявні політичні ризики, що можуть загрожувати інвестиціям, які включають в себе такі фактори як можливість швидких змін в законодавстві чи експропріацію активів, що нерідко має місце в державах без усталеного демократичного устрою [189, с. 31-34].

Таким чином, теза про те, що включення обов'язків інвесторів до інвестиційних угод однозначно означатиме відтік наявного капіталу чи небажання інвесторів здійснювати інвестиції піддається серйозному сумніву, адже для забезпечення наявності інвестицій державам слід, перш за все, стабілізувати політичну та економічну ситуацію. Навіть якщо держава вступає в інвестиційні угоди з максимально вигідними для інвесторів положеннями, це навряд буде мати значний вплив на рішення інвестувати у таку державу, зважаючи на значні ризики для інвестицій через внутрішню нестабільність. Як зазначається у Основах інвестиційної політики ЮНКТАД, *«[...] інвестиційні угоди самі по собі не можуть перетворити поганий інвестиційний клімат на хороший, і вони не можуть гарантувати притік іноземних інвестицій»* [153, с. 74].

В будь-якому випадку, підхід до реформування інвестиційних угод має бути зважений. Інвестиційні угоди повинні встановлювати баланс між, з одного боку, правами інвестора, що гарантуються приймаючою державою, та, з іншого боку, обов'язками інвестора та правом держави регулювати діяльність інвесторів в межах її юрисдикції [187, с. 85]. При цьому, не зовсім доцільно вважати, що

передбачення обов'язків у інвестиційних угодах для інвесторів буде покладати на них невимовний тягар. Приватні особи згідно з національним законодавством в більшості випадків вже несуть певні обов'язки стосовно відповідності їх діяльності внутрішньо державним вимогам [137, с. 236-237], в тому числі щодо захисту довкілля, дотримання прав людини тощо.

Однак, винесення цих положень на рівень міжнародного права слугуватиме гарантією того, що інвестори будуть більше на ці обов'язки зважати при веденні своєї діяльності, адже у разі виникнення інвестиційного спору держава-відповідач зможе подати зустрічну позовну вимогу, що призведе, як мінімум, до зменшення суми збитків, присуджених інвестору [190, с. 49]. Якщо ж вимога держави необґрунтована, а інвестор належним чином провадив свою діяльність, інвестиційний трибунал як незалежний та неупереджений орган відхилить цю вимогу. Таким чином, утвердження обов'язків інвесторів сприятиме розвитку саме соціально відповідального бізнесу, який буде поважати та забезпечувати права людини, зважати на думку зацікавлених осіб [190, с. 49].

Не варто забувати, що крім передбачення обов'язків, надзвичайно важлива і їх ефективна імплементація. Важко не погодитися, що сенс їх закріплення буде незначний, якщо немає механізмів притягнення до відповідальності за їх порушення [191, с. 1]. І саме таким механізмом слугує закріплення в інвестиційних угодах можливості подання зустрічних позовних вимог [190, с. 49]. Передбачення можливості подання зустрічних вимог та закріплення обов'язків інвестора – це дві взаємодоповнюючі цілі, які мають бути імплементовані для успішної реформи інвестиційного права.

* * *

Практичне застосування інституту зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі неможливе без закріплення матеріальних обов'язків інвесторів на рівні міжнародного права. Згідно з міжнародним правом, інвестори володіють певним обсягом правосуб'єктності, що уможливорює покладення на них прав, а також і обов'язків. Однак, станом на сьогоднішній день юридикація

обов'язків інвесторів є проблематичною саме через асиметричну природу інвестиційного права, зумовлену вектором його історичного розвитку. Можна відшукати певні обов'язки інвесторів у таких джерелах права як загальні принципи права чи інвестиційні контракти між інвестором та приймаючою державою. Однак, такі обов'язки не у всіх випадках можуть бути застосовані в конкретній справі як підстава для зустрічних позовних вимог.

Деякі інвестиційні угоди також закріплюють обов'язки інвесторів, зокрема, щодо дотримання національного законодавства, проведення оцінки з впливу на довкілля та впливу на права людини, протидії корупції тощо. Тим не менш, наразі більшість таких угод є модельними або, якщо і прийняті державами, то ще не вступили в силу.

У зв'язку з цим пропонується здійснити реформу інвестиційних угод, впроваджуючи загальний стандарт закріплення у них обов'язків інвесторів або шляхом відсилки до дотримання актів національного законодавства, або ж через закріплення конкретно сформульованих обов'язків в самих угодах. Незалежно від обраної тактики, утвердження закріплення обов'язків інвесторів як усталеної практики сприятиме відновленню балансу прав інвесторів та приймаючих держав та, що важливо саме в цілях цієї роботи, забезпечить базис для подання та розгляду зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражі.

ВИСНОВКИ

Дослідивши передумови утвердження інституту зустрічних позовних вимог в міжнародному інвестиційному арбітражі, перспективи застосування та проблемні моменти використання цього інституту на практиці, авторка цієї роботи дійшла до наступних висновків.

Інститут зустрічних позовних вимог є усталеним для систем національного права та широко використовується в практиці міжнародних органів з вирішення спорів. Зустрічні позовні вимоги застосовувалися сторонами в арбітражних провадженнях ще з другої половини XIX століття, а пізніше були закріплені в процедурних правилах міжнародних трибуналів та арбітражних інституцій, в тому числі і тих, що вирішують спори між інвестором та державою безпосередньо.

Однак, ефективний розгляд зустрічних позовних вимог в інвестиційному арбітражному провадженні залишається швидше в теорії, ніж на практиці. Протягом свого історичного розвитку інвестиційне право було націлене на надання гарантій саме інвесторам у разі порушення їх прав приймаючою державою. З огляду на це, поступ щодо надання такого процесуального права як подання зустрічних вимог державам-відповідачам є доволі повільним.

Тим не менш, враховуючи переосмислення асиметричної природи інвестиційного права та сучасну тенденцію щодо збалансування ролей держави та інвестора, протягом останніх років в академічному колі та на рівні міжнародних організацій активізувалася дискусія щодо необхідності утвердження можливості ефективного використання інституту зустрічних позовних вимог на практиці.

Можливість держав ефективно реалізувати механізм подання зустрічних вимог матиме позитивне значення, по-перше, для самої процедури розгляду інвестиційних спорів, забезпечуючи її ефективність, узгодженість рішень та відсутність паралельних проваджень перед різними органами з вирішення спорів, по-друге, для держав-відповідачів, розширюючи їх процесуальні права та

надаючи можливість захистити свої інтереси в арбітражному провадженні та, по-третє, для інвесторів, забезпечуючи розгляд вимог щодо них перед незалежним органом.

Однак, використання можливості подання зустрічних вимог на практиці стикається з двома ключовими проблемними аспектами: процесуальним і матеріальним. Проблеми застосування інституту зустрічних вимог в процесуальному плані полягають в непослідовності та взаємо суперечності арбітражної практики щодо питань юрисдикції та прийнятності зустрічних вимог.

Встановлення юрисдикції на розгляд зустрічних позовних вимог залежить від формулювання положення щодо вирішення спорів в конкретному інвестиційному контракті чи інвестиційній угоді, з аналізу якого можна встановити, які саме питання сторони вирішили віддати на розгляд арбітражному трибуналу і чи є серед них, хоча б теоретично, зустрічні вимоги.

Питання тлумачення відповідних положень особливо гостро постає в контексті саме інвестиційних угод, які націлені на захист інвесторів та, як правило, не передбачають щодо них ніяких обов'язків. Практика інвестиційних трибуналів свідчить, що для встановлення наявності пропозиції згоди зі сторони приймаючої держави, яка акцептується інвестором при поданні заяви про арбітраж, зовсім не обов'язково, щоб інвестиційна угода чітко передбачала можливість розгляду зустрічних вимог. Цілком достатньо того, що угода передбачає можливість передати на розгляд *будь-який спір, що стосується інвестиції*, і не обмежується лише вимогами інвестора щодо порушення приймаючою державою своїх обов'язків за інвестиційною угодою. Тим не менш, частина інвестиційних угод передбачає саме останнє формулювання, що унеможливорює розгляд зустрічних вимог арбітражними трибуналами.

Цю проблему можна вирішити двома шляхами. По-перше, можна змінити підхід до тлумачення, інтерпретуючи положення угод ширше на користь держав, враховуючи відсилання в інвестиційній угоді на арбітражний регламент, що дозволяє розгляд зустрічних вимог. Однак, занадто розширювальне тлумачення

може спричинити викривлення обсягу компетенції арбітражного трибуналу, коли трибунал вже не тлумачитиме наявну норму, а самостійно створюватиме нову, там де її по суті немає. Другим більш виваженим варіантом буде не викривляти згоду виражену в інвестиційній угоді, а змінити саме формулювання цієї угоди. Тут мається на увазі реформування інвестиційних угод з метою усунути наявні обмеження на розгляд зустрічних вимог [82].

Стосовно прийнятності зустрічних позовних вимог, ключовим критерієм є саме наявність тісного або ж безпосереднього зв'язку між первісною та зустрічною вимогами. Даний критерій має обов'язковий характер, будучи вираженим подекуди в інвестиційних угодах, або в арбітражних регламентах, але у будь-якому випадку підлягає застосуванню як принцип права. Визначення тісного зв'язку носить оціночний характер та залежить від обставин кожної конкретної справи. На практиці пов'язаність первісної та зустрічної вимог оцінюється з огляду на доцільність їх розгляду разом в одному провадженні, що впливає з наявності фактичного зв'язку між цими вимогами.

В цьому контексті слід виокремити різні підходи арбітражних трибуналів щодо необхідності встановлення, крім фактичного, також і правового зв'язку та його характеристики. Деякі арбітражні трибунали, наприклад трибунал у справі *Saluka v. Czech Republic*, притримувалися думки, що первісна та зустрічна вимога мають базуватися на одному і тому ж правовому інструменті. З таким підходом важко погодитись, зважаючи на те, що його просто неможливо застосувати, коли базисом для розгляду вимог є інвестиційна угода, яка закріплює лише права інвестора та кореспондуючі обов'язки держав. Зараз можна прослідкувати відхід від такого обмеженого тлумачення в практиці арбітражних трибуналів. Тим не менш, ті арбітражні трибунали, що беруть до уваги правовий зв'язок, зазначають, що вимоги, хоча і не обов'язково мають бути передбачені в одному і тому ж правовому інструменті, все ж мають бути базовані на міжнародному праві, а не на суто національному. На думку авторки цієї роботи, такий підхід має сенс, адже більш відповідним органом для вирішення таких вимог можна вважати національні суди, так як останні спеціалізуються на питаннях національного

права конкретної держави і тому можуть більш повно оцінити питання порушення його норм.

Крім процесуальних аспектів розгляду зустрічних позовних вимог, проблемним залишається і матеріальний аспект. У справах *Urbaser v. Argentina* та *David Aven v. Costa Rica* попри те, що трибунал встановив юрисдикцію на розгляд зустрічних позовних вимог та визнав їх прийнятними, трибунали не знайшли підстав для задоволення відповідних вимог, адже обов'язки щодо захисту прав людини та охорони довкілля не зобов'язували інвесторів.

Хоча обов'язки інвесторів можна знайти в національному праві, принципах права чи інвестиційному контракті, їх застосування під час розгляду зустрічних вимог не завжди можливе. Найбільш оптимальним варіантом для забезпечення ефективного розгляду зустрічних вимог було б закріплення чітких обов'язків на рівні міжнародного права. Однак, річ у тім, що, по-перше, наразі відсутня глобальна угода, яка б покладала на інвесторів певне коло обов'язків, яких би вони мали дотримуватися під час здійснення інвестиційної діяльності, а, по-друге, в інвестиційних угодах такі обов'язки також, як правило, не передбачені.

Станом на сьогодні, лише кілька чинних інвестиційних угод містять посилення на обов'язковість дотримання інвесторами хоча б національного права, що автоматично переносить його дотримання на рівень міжнародного обов'язку. Однак, навіть такі формулювання не гарантують ефективного розгляду зустрічних вимог, так як не завжди національне право може передбачати належні механізми захисту довкілля, прав людини, стандартів охорони праці, протидії корупції тощо. Більша кількість інвестиційних угод містить посилення на добровільне дотримання інвесторами стандартів КСВ чи розширює право держав регулювати діяльність на своїй території, що саме по собі не покладає ніяких обов'язків на інвесторів.

Протягом останніх років можна прослідкувати рух в напрямку реформи інвестиційних угод, коли держави та міжурядові організації починають розробляти дво- та багатосторонні модельні інвестиційні угоди, що містять чітку регламентацію обов'язків інвесторів, передбачаючи в них пряму обов'язки

щодо проведення оцінки з впливу на довкілля, впливу на права людини, консультацій з місцевим населенням, протидії корупції, дотримання стандартів безпеки праці тощо. Крім того, Марокко та Нігерія вже підписали таку двосторонню інвестиційну угоду, в той час як Нідерланди планують переукласти всі інвестиційні угоди, згідно зі своєю модельною угодою, що закріплює відповідні стандарти.

Реформа інвестиційних угод посприє, по-перше, подальшій промоції стандартів КСВ компаній та цілей сталого розвитку, по-друге, розширить право держав регулювати діяльність інвесторів на своїй території, у разі якщо вона негативно впливатиме на довкілля чи права людини тощо, по-третє, закріпить обов'язки інвесторів на рівні міжнародного права, роблячи практично можливим розгляд та задоволення зустрічних вимог, що буде слугувати додатковим стимулом для інвесторів дотримуватися відповідних стандартів.

Цю реформу можна здійснити двома шляхами: по-перше, закріпити в інвестиційних угодах обов'язок дотримуватися національного законодавства приймаючих держав або, по-друге, деталізувати обов'язки інвесторів в самих інвестиційних угодах, відсилаючи до їх дотримання міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини, охорони довкілля тощо. На думку авторки цієї роботи, другий підхід гарантує більш ефективну імплементацію обов'язків на практиці, адже національне законодавство держав не завжди може передбачати відповідні стандарти поведінки інвесторів.

Слід також зауважити, що підхід до реформування інвестиційних угод має бути здійснений не поодинокими окремими державами, а глобально. Тільки всеохоплююча реформа інвестиційних угод здатна створити загальні уніфіковані стандарти до діяльності інвесторів в приймаючих державах. Однак, для досягнення цієї цілі державам слід, перш за все, змінити підхід до розуміння інвестиційних угод та почати розглядати їх через призму сталого розвитку та важливої ролі інвесторів та інвестицій в його досягненні.

В будь-якому випадку, розроблення та вступ в силу нового виду інвестиційних угод вже становить безповоротну зміну у векторі розвитку

інвестиційного права, що покликане збалансувати правове становище інвестора та держави в інвестиційному арбітражі. Це, в свою чергу, буде сприяти забезпеченню ефективності використання приймаючими державами інституту зустрічних позовних вимог на практиці та забезпечить приймаючих держав ширшим інструментарієм для захисту своїх інтересів в арбітражному процесі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Salacuse J. W. The law of investment treaties. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. 528 p.
2. UNCTAD. World Investment Report 2017. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_en.pdf (date of access: 08.05.2021).
3. UNCTAD. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Multiple proceedings and counterclaims. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/193_advance_copy_for_website_2_0.pdf (date of access: 06.05.2021).
4. Vohryzek-Griest A. State counterclaims in investor-state disputes: a history of 30 years of failure. *International law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*. 2009. Vol. 15. P. 83–124. URL: <https://www.redalyc.org/pdf/824/82420290004.pdf> (date of access: 06.05.2021).
5. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Counterclaims of 07.02.2017. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf> (date of access: 07.05.2021).
6. *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. ICSID Case No. ARB/08/6. Award of 27.09.2019. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10837.pdf> (date of access: 07.05.2021).
7. Garcia F. J., Ciko L., Gaurav A. Reforming the international investment regime: lessons from international trade law. *Oxford Journal of International Economic Law*. 2016. Vol. 18, no. 4. URL: <https://academic.oup.com/jiel/article/18/4/861/2357932> (date of access: 06.05.2021).

8. Huaqun Z. Balance, sustainable development, and integration: innovative path for BIT practice. *Oxford Journal of International Economic Law*, 2014. Vol. 17, no. 2. P. 299–332.
9. Treaty of Amity Commerce and Navigation, between His Britannick Majesty; and The United States of America, by Their President, with the advice and consent of Their Senate. *Yale Law School: The Avalon Project*. URL: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/jay.asp (date of access: 06.05.2021).
10. Puig S., Shaffer G. Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law. *The American Journal of International Law*. 2018. Vol. 112, no. 3. P. 228–231.
11. Lillich R. B. The Jay Treaty Commissions. *St. John's Law Review*. 1963. Vol. 37, no. 2. P. 260–283. URL: <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4345&context=lawreview> (date of access: 06.05.2021).
12. Sornarajah M., The international law of foreign investment. 3rd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 524 p.
13. Dumberry P., Labelle-Eastaugh E. Non-state actors in international investment law: To be or not to be? The legal personality of non-state actors in international investment law. *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* / ed. by J. d'Aspremont. 2011. P. 360–371. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1871213 (date of access: 06.05.2021).
14. Brook Farmer K. The best defence is a good offense – state counterclaims in investment treaty arbitration: Research Paper. Victoria, 2016. 64 p. URL: <https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/5004/paper.pdf?sequence=1> (date of access: 06.05.2021).
15. Ishikawa T. Counterclaims and the rule of law in investment arbitration. *AJIL Unbound*. 2019. Vol. 113. P. 33–37.

16. Crawford J. State responsibility: the general part. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 831 p.
17. International Law Commission. Draft articles on diplomatic protection. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf (date of access: 06.05.2021).
18. *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Award of 29.05.2003. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf> (date of access: 06.05.2021).
19. Papazoglou S. 'The good, the bad and the ugly of ISDS reforms': rebalancing the system? London, 31 May 2019. London, 2019. P. 45–56. URL: <https://blogs.kcl.ac.uk/kslr/files/2019/10/Stephanie-P-.pdf> (date of access: 06.05.2021).
20. Arcuri A. The great asymmetry and the rule of law in international investment arbitration. *SSRN electronic journal*. 2017. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3152808> (date of access: 06.05.2021).
21. Gaukrodger D. Business responsibilities and investment treaties: Consultation paper by the OECD Secretariat. *OECD*. URL: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Consultation-Paper-on-business-responsibilities-and-investment-treaties.pdf> (date of access: 06.05.2021).
22. *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*. Ad hoc arbitration. Final Award of 15.12.2014. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4164.pdf> (date of access: 06.05.2021).
23. Laborde G. The case for host state claims in investment arbitration. *Oxford journal of international dispute settlement*. 2010. Vol. 1, no. 1. P. 97–122. URL: <https://academic.oup.com/jids/article/1/1/97/879389?login=true> (date of access: 06.05.2021).

24. Levashova Y. The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law. *Utrecht Law Review*. 2018. Vol. 14, no. 2. P. 40. URL: <https://doi.org/10.18352/ulr.441> (date of access: 06.05.2021).
25. Umirdinov A. The end of hibernation of stabilization clause in investment arbitration: reassessing its contribution to sustainable development. *Denver Journal of International Law and Policy*. 2020. Vol. 43, no. 4. P. 455–487. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/304688271.pdf> (date of access: 06.05.2021).
26. European Council for an Energy Sufficient Economy. EU readies reforms to Energy Charter Treaty as climate criticisms mount. URL: <https://www.eceee.org/all-news/news/eu-readies-reforms-to-energy-charter-treaty-as-climate-criticisms-mount/> (date of access: 08.05.2021).
27. Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. URL: <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html#:~:text=Within%20their%20respective%20spheres%20of,the%20Rights%20and%20interests%20of> (date of access: 06.05.2021).
28. Martinez A.-A. S. Bridging the gap: using business and human rights arbitration to drive investor accountability for business related human rights harm in foreign investment. *International Bar Association*. 2019. P. 1–22. URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=7E06F4B4-F8EC-446E-BE88-C013C861AEDC> (date of access: 06.05.2021).
29. NGOs file lawsuit against Total in France over Uganda oil project, includes company comments. *Business & Human Rights Resource Centre*. URL: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/ngos-file-lawsuit-against-total-in-france-over-uganda-oil-project-includes-company-comments/> (date of access: 06.05.2021).
30. Monebhurrin N. Mapping private companies' duties in international investment law. *Revista de Direito Internacional, Brasília*. Vol 14. no 2. 2017. P. 49–71.

- URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/211925538.pdf> (date of access: 08.05.2021).
31. Bangladesh factory collapse toll passes 1,000. *BBC News*. URL: <https://www.bbc.com/news/world-asia-22476774> (date of access: 06.05.2021).
 32. The Rana Plaza Accident and its aftermath. ILO. URL: https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang--en/index.htm (date of access: 06.05.2021).
 33. Collinet J. Due diligence: has France really laid the foundations to end corporate impunity? *Equal Times*. URL: <https://www.equaltimes.org/due-diligence-has-france-really?lang=en#.YJZeC-gzY2x> (date of access: 08.05.2021).
 34. UNCTAD's reform package for the international investment regime. 2018. 119 p. URL: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf (date of access: 06.05.2021).
 35. UNGA Resolution 70/1. Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development. URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (date of access: 06.05.2021).
 36. UNGA Resolution 74/199. Promoting investments for sustainable development. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/3847698?ln=en> (date of access: 06.05.2021).
 37. Meriam-Webster Dictionary. URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/counterclaim#legalDictionary> (date of access: 06.05.2021).
 38. Veenstra-Kjos H. E. Counterclaims by host states in investment treaty arbitration. *Transnational Dispute Management*. 2007. Vol. 4, no. 4.
 39. Pryles M., Waincymer J. Multiple claims in arbitrations between the same parties. *International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 14, 50 Years of the New York Convention, ICCA International Arbitration Conference* / ed. by A. Jan van den Berg. 2009. URL: <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs->

- [public/document/media_document/media012223886747020multiple_claims_in_arbitrations_between_the_same_parties.pdf](#) (date of access: 06.05.2021).
40. Atanasova D., Martínez Benoit C.A., Ostránský J. Counterclaims in investor-state dispute settlement (ISDS) under international investment agreements (IIAS): Trade and Investment Law Clinic Papers. Geneva, 2012. 81 p. URL: <https://repository.graduateinstitute.ch/record/296913?ln=en> (date of access: 06.05.2021).
 41. Caron D. D., Caplan L. M. Part III. The initiation of the arbitration and the identification and clarification of the issues presented, Ch.13. Statements of claim and defence. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. 2nd ed. Oxford, 2013. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199696307.001.0001/law-9780199696307> (date of access: 06.05.2021).
 42. *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)*. ICJ. Order of 18.04.2013. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20130418-ORD-01-00-EN.pdf> (date of access: 06.05.2021).
 43. *Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*. ICJ. Order of 15.11.2017. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20171115-ORD-01-00-EN.pdf> (date of access: 06.05.2021).
 44. Dundes Renteln A. Encountering counterclaims. *Denver Journal of International Law & Policy*. 1987. Vol. 15, no. 2. P. 379–394. URL: <https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2331&context=djilp> (date of access: 06.05.2021).
 45. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. ICJ. Order of 17.12.1997. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19971217-ORD-01-00-EN.pdf> (date of access: 06.05.2021).

46. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. ICJ. Order of 10.03.1998. Separate opinion of Judge Oda. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-19980310-ORD-01-01-EN.pdf> (date of access: 06.05.2021).
47. *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*. PCA Case No. 2001-04. Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim of 07.05.2004. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf> (date of access: 06.05.2021).
48. *Jurisdictional immunities of the state (Germany v. Italy)*. ICJ. Order of 06.07.2010. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20100706-ORD-01-02-EN.pdf> (date of access: 06.05.2021).
49. Rules of the Permanent Court of International Justice. 1926. URL: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_1e_edition.pdf (date of access: 06.05.2021).
50. Rules of the International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/en/statute> (date of access: 06.05.2021).
51. Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea, 2009. URL: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Itlos_8_E_17_03_09.pdf (date of access: 06.05.2021).
52. *Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals*, 15 August 1893, RIAA Vol. XXVIII P. 263-276. URL: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/263-276.pdf (date of access: 06.05.2021).
53. *The "Carthage" case (France v. Italy)*. PCA. Award of 06.05.1913. URL: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=5210> (date of access: 06.05.2021).

54. *The "Manouba" case (France v. Italy)*. PCA. Award of 06.05.1913. URL: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=8180> (date of access: 06.05.2021).
55. Larschan B., Mirfendereski G. The status of counterclaims in international law, with particular reference to international arbitration involving a private party and a foreign state. *Denver Journal of International Law & Policy*. 1986. Vol. 15, no. 1. P. 11–48. URL: <https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2406&context=djilp> (date of access: 06.05.2021).
56. Rules of Procedure of the Iran–United States Claims Tribunal. 1983. URL: <https://www.iusct.net/General%20Documents/5-TRIBUNAL%20RULES%20OF%20PROCEDURE.pdf> (date of access: 06.05.2021).
57. About the Iran–United States Claims Tribunal. URL: <https://www.iusct.net/Pages/Public/A-About.aspx> (date of access: 06.05.2021).
58. Declaration of The Government of The Democratic and Popular Republic of Algeria (Algiers Accords). 1981. URL: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf (date of access: 06.05.2021).
59. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*. Ad hoc arbitration. Award on Jurisdiction and Liability of 28.04.2011. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0622.pdf> (date of access: 06.05.2021).
60. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами: Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 18.05.1965 р.: станом на 16 берез. 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_060 (дата звернення: 06.05.2021).
61. ICSID convention, regulations and rules. 2006. Washington, D.C, ICSID/15. 128 p. URL:

- https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf (date of access: 10.05.2021).
62. UNCITRAL Arbitration Rules. 2013. 40 p. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> (date of access: 06.05.2021).
63. SCC Arbitration Rules. 2017. 45 p. URL: https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf (date of access: 06.05.2021).
64. SCC. The administration of investment disputes. URL: <https://sccinstitute.com/our-services/investment-disputes/#:~:text=The%20SCC%20Arbitration%20Rules%20is,the%20administration%20of%20investment%20disputes> (date of access: 06.05.2021).
65. *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire*. ICSID Case No. ARB/74/1. Award of 29.08.1977. URL: <http://internationalinvestmentlawmaterials.blogspot.com/2011/09/adriano-gardella-spa-v-cote-divoire.html> (date of access: 06.05.2021).
66. *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*. ICSID Case No. ARB/77/2. Award of 08.08.1980. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-s-a-r-l-benvenuti-bonfant-v-peoples-republic-of-the-congo-award-friday-8th-august-1980> (date of access: 06.05.2021).
67. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. ICSID Case No. ARB/81/1. Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding of 10.05.1988. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/1#decision_916 (date of access: 06.05.2021).
68. *RSM Production Corporation v. Grenada*. ICSID Case No. ARB/05/14. Award of 13.03.2009. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10246.pdf> (date of access: 06.05.2021).

69. *Spyridon Roussalis v. Romania*. ICSID Case No. ARB/06/1. Award of 07.12.2011. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf> (date of access: 06.05.2021).
70. *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB(AF)/12/5. Award of 22.08.2016. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf> (date of access: 06.05.2021).
71. *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*. Ad hoc arbitration. Final Award of 17.12.2015. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf (date of access: 06.05.2021).
72. *David Aven and others v. Costa Rica*. ICSID Case No. UNCT/15/3. Final Award of 18.09.2018. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955_0.pdf (date of access: 06.05.2021).
73. *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/07/26. Award of 08.12.2016. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf (date of access: 06.05.2021).
74. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area. 2017. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3092/download> (date of access: 06.05.2021).
75. Trans-Pacific Partnership (TPP) Agreement. 2016. URL: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text> (date of access: 06.05.2021).
76. UNCTAD. International investment agreements reform accelerator. 2020. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf (date of access: 08.05.2021).
77. UNCTAD. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session (Vienna, 27 November–1 December 2017). 2018. 6 p. URL: <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Add.1/Rev.1> (date of access: 06.05.2021).

78. UNCTAD. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (New York, 1–5 April 2019). 2019. 16 p. URL: <https://undocs.org/en/A/CN.9/970> (date of access: 06.05.2021).
79. *Iberdrola Energía, S.A. v. The Republic of Guatemala*. PCA Case No. 2017-41. Final Award of 24.08.2020. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-iberdrola-energia-s-a-v-the-republic-of-guatemala-final-award-monday-24th-august-2020> (date of access: 06.05.2021).
80. Bjorklund A. K. The role of counterclaims in rebalancing investment law. *Lewis & Clark Law Review*. 2013. Vol. 17, no. 2. P. 461–480. URL: <https://law.lclark.edu/live/files/14086-lcb172art4bjorklundpdf> (date of access: 06.05.2021).
81. UNCTAD. Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2010. 129 p. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf (date of access: 06.05.2021).
82. Kalicki J. E. Counterclaims by states in investment arbitration. *Investment Treaty News*. URL: <https://www.iisd.org/itn/en/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/> (date of access: 06.05.2021).
83. McLachlan C., Shore L., Weiniger M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2017. 704 p.
84. Venice Commission. *Rule of law*. URL: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=EN (date of access: 06.05.2021).
85. UNGA Resolution 67/1. Declaration of the high-level meeting of the General Assembly on the rule of law at the national and international levels. URL: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/1 (date of access: 06.05.2021).

86. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case No. ARB/01/13. Procedural Order No. 2 of 16.10.2002. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0778.pdf> (date of access: 06.05.2021).
87. Boeglin N. ICSID and Latin America: criticism, withdrawal and the search for alternatives. *Brettonwoods Project*. URL: <https://www.brettonwoodsproject.org/wp-content/uploads/2013/12/At-Issue-ICSID.pdf> (date of access: 06.05.2021).
88. Giraud V. Is investment arbitration in Latin America in crisis? *Kluwer Arbitration Blog*. URL: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/19/is-investment-arbitration-in-latin-america-in-crisis/?_ga=2.85506393.1111377665.1619981638-1063114195.1604420655 (date of access: 06.05.2021).
89. UNCTAD. Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-ninth session (Vienna, 5–9 October 2020). 2020. 21 p. URL: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1044> (date of access: 06.05.2021).
90. Lalive P., Halonen L. On the availability of counterclaims in investment treaty arbitration. *Czech Yearbook of International Law*. 2011. Vol. 2. P. 141–156. URL: http://www.lalive.ch/data/publications/pla_lha_availability_counterclaims_invtreaty_arb2011.pdf (date of access: 07.05.2021).
91. Douglas Z. International law of investment claims. Cambridge University Press, 2009. 686 p.
92. UNCTAD. Dispute settlement: consent to arbitration (ICSID). 2003. 53 p. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add2_en.pdf (date of access: 07.05.2021).
93. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/84/3. Decision on Jurisdiction of 14.08.1988. URL: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-southern-pacific-properties-middle-east-limited-v-arab-republic-of-egypt-decision-on-jurisdiction-thursday-14th-april-1988> (date of access: 07.05.2021).

94. Угода між Україною та Словацькою Республікою про сприяння та взаємний захист інвестицій: Угода Слов. Респ. від 26.02.2007 р.: станом на 6 берез. 2008 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/703_072 (дата звернення: 07.05.2021).
95. Andreeva Y. Interpreting consent to arbitration as a unilateral act of state: a case against conventions. *Arbitration International*. 2011. Vol. 27, no. 2. P. 129–148. URL: <https://doi.org/10.1093/arbitration/27.2.129> (date of access: 07.05.2021).
96. Schreuer C. Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration. *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* / ed. by M. Waibel et al. London, 2010. P. 353–368. URL: https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/denunciation_icsid.pdf (date of access: 07.05.2021).
97. Lavranos N. Sunset clause. *Jus Mundi*. URL: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-sunset-clause> (date of access: 07.05.2021).
98. Schreuer C. Consent to arbitration. *The Oxford Handbook of International Investment Law* / ed. by P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer. Oxford, 2008. P. 830–867.
99. *Tradex Hellas S.A. v. the Republic of Albania*. ICSID Case No. ARB/94/2. Decision on Jurisdiction of 24.12.1996. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0870.pdf> (date of access: 07.05.2021).
100. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*. ICSID Case No. ARB/10/3. Award of 04.10.2013. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-award-friday-4th-october-2013> (date of access: 07.05.2021).
101. *Generation Ukraine Inc. v Ukraine*. ICSID Case No. ARB/00/9. Award of 16.09.2003. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf> (date of access: 07.05.2021).

102. Dolzer R., Schreuer C., Principles of International Investment Law. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. 456 p.
103. *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case No. ARB/12/1. Decision of Jurisdiction of 10.11.2017. URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-tethyan-copper-company-pty-limited-v-islamic-republic-of-pakistan-decision-on-jurisdiction-and-liability-friday-10th-november-2017#decision_5439 (date of access: 07.05.2021).
104. Віденська конвенція про право міжнародних договорів: Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 23.05.1969 р.: станом на 14 квіт. 1986 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118 (дата звернення: 07.05.2021).
105. *Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka*. ICSID Case No. ARB/87/3. Final Award of 27.06.1990. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> (date of access: 07.05.2021).
106. *Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. ISCID Case No. ARB/01/13. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 06.08.2003. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> (date of access: 07.05.2021).
107. Petsche M. Restrictive interpretation of investment treaties: a critical analysis of arbitral case law. *Journal of International Arbitration*. 2020. Vol. 37, no. 1. P. 1–26.
108. *Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines*. ICSID Case No. ARB/02/6. Decision on Jurisdiction of 29.01.2004. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> (date of access: 07.05.2021).
109. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. ICSID Case No. ARB/81/1. Decision on Jurisdiction of 25.09.1983. URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-amco-asia-corporation-and-others-v-republic-of-indonesia-decision-on-jurisdiction-sunday-25th-september-1983> (date of access: 07.05.2021).

110. *Mondev v. United States*. ICSID Case No. ARB(AF)/99/2. Award of 11.10.2002. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf> (date of access: 07.05.2021).
111. *Methanex Corporation v. United States*. Ad hoc arbitration. Partial award of 07.08.2002. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-methanex-corporation-v-united-states-of-america-partial-award-wednesday-7th-august-2002> (date of access: 07.05.2021).
112. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*. ICJ. Judgment of 13.07.2009. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/133/133-20090713-JUD-01-00-EN.pdf> (date of access: 07.05.2021).
113. IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: negotiators' handbook / H. Mann et al. 2nd ed. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2006. 90 p. URL: https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook.pdf (date of access: 07.05.2021).
114. Угода між Урядом України та Урядом Турецької Республіки про взаємне сприяння та захист інвестицій: Угода Каб. Міністрів України від 09.10.2017 р.: станом на 6 верес. 2018 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/792_005-17 (дата звернення: 07.05.2021).
115. Угода між Урядом України та Урядом Держави Ізраїль про взаємне сприяння та захист інвестицій : Угода Держава Ізраїль від 24.11.2010 р. : станом на 1 черв. 2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376_045 (дата звернення: 07.05.2021).
116. Угода між Урядом України та Урядом Королівства Саудівська Аравія про сприяння та взаємний захист інвестицій: Угода Королівство Сауд. Аравія від 09.04.2008 р.: станом на 18 лют. 2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/682_003 (дата звернення: 07.05.2021).
117. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*. ICSID Case No. ARB/08/8. Excerpts of Award of 01.03.2012. URL:

- <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1411.pdf> (date of access: 07.05.2021).
118. Угода між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій: Угода Україна від 15.02.1993 р.: станом на 29 черв. 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276_415 (дата звернення: 07.05.2021).
 119. Угода про сприяння та взаємний захист інвестицій між Урядом України та Урядом Держави Катар: Угода Україна від 20.03.2018 р.: станом на 9 квіт. 2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/634_004-18#Text (дата звернення: 07.05.2021).
 120. Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 1991. URL: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-agreement-between-the-argentine-republic-and-the-kingdom-of-spain-on-the-reciprocal-promotion-and-protection-of-investments-argentina-spain-bit-1991-thursday-3rd-october-1991> (date of access: 07.05.2021).
 121. Rivas J. A., Choi J. Three recent decisions further shaping investment treaty case law on counterclaims: Part I. *Kluwer Arbitration Blog*. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/13/three-recent-decisions-further-shaping-investment-treaty-case-law-on-counterclaims-part-i/> (date of access: 07.05.2021).
 122. Shiroom T. Admissibility (Procedure). *Jus Mundi*. URL: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-admissibility-procedure> (date of access: 07.05.2021).
 123. Pauker S. A. Admissibility of claims in investment treaty arbitration. *Arbitration International*. 2018. Vol. 34. P. 1–78.
 124. Jurisdiction and admissibility in investment arbitration: overview. *Practical Law*. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-015-4167?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-015-4167?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=(sc.Default))

- [f&firstPage=true&OWSessionId=644a5c757ac04e3a8241eddec032126f&skipAnonymous=true](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2579&context=faculty_publications) (date of access: 07.05.2021).
125. Murphy S. D. Counter-claims. *The Statute of the International Court of Justice - A Commentary* / ed. by A. Zimmerman, C. J. Tams. 3rd ed. 2017. URL: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2579&context=faculty_publications (date of access: 07.05.2021).
 126. De Luca A. UNCITRAL Working Group III: Counterclaims in ISDS – Challenges and Prospects in Light of the UNCITRAL Reform Process. *Kluwer Arbitration Blog*. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/28/uncitral-working-group-iii-counterclaims-in-isds-challenges-and-prospects-in-light-of-the-uncitral-reform-process/> (date of access: 07.05.2021).
 127. Gleason T. Examining host-State counterclaims for environmental damage in investor-State dispute settlement from human rights and transnational public policy perspectives. *Springer*. 2020. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10784-020-09519-y> (date of access: 07.05.2021).
 128. ICSID Arbitration Rules with notes. URL: <https://iaa-network.com/wp-content/uploads/2018/08/1968-ICSID-Arbitration-Rules.pdf> (date of access: 07.05.2021).
 129. Зверев Є. Деякі питання стосовно теорій юридичного тлумачення. *Наукові записки*. 2015. Т. 138. С. 48–52. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/7790/Zvieriev_Deiaki_pytannia_stosovno.pdf (дата звернення: 07.05.2021).
 130. Burova E. Jurisdiction of investment tribunals over Host States' counterclaims: wind of change? *Kluwer Arbitration Blog*. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/06/jurisdiction-of-investment-tribunals-over-host-states-counterclaims-wind-of-change/> (date of access: 07.05.2021).

131. UNCITRAL Arbitration Rules. 1976. URL: <https://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/19.html> (date of access: 07.05.2021).
132. Kendra T. State counterclaims in investment arbitration - A new lease of life? *Arbitration International*. 2013. Vol. 29, no. 4. P. 575–606.
133. UNCITRAL Arbitration Rules. 2010. URL: https://crica.org/FilesEnglish/ArbitrationRefrence_2019-05-14_14-52-25-500726.pdf (date of access: 07.05.2021).
134. Schreuer C. Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration. *McGill Journal of Dispute Resolution*. 2014. Vol. 1, no. 1. P. 1–25. URL: https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/0101001_Schreuer_Jurisdiction-and-Applicable-Law-in-Investment-Treaty-Arbitration.pdf (date of access: 07.05.2021).
135. Shaw M. N. International law. 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 1542 p.
136. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. ICJ. Advisory opinion of 11.04.1949. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf> (date of access: 07.05.2021).
137. Kryvoi Y. Counterclaims in investor-state arbitration. *Minnesota Journal of International Law*. 2012. Vol. 21, no. 2. P. 216–252. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1993116 (date of access: 07.05.2021).
138. *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya*. Ad hoc arbitration. Award of 19.01.1977. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-texaco-overseas-petroleum-co-and-california-asiatic-oil-company-v-libya-sentence-arbitrale-au-fond-wednesday-19th-january-1977> (date of access: 07.05.2021).
139. Statute of the International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/en/statute> (date of access: 07.05.2021).

140. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*. ICJ. Judgement of 20.02.1969. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (date of access: 07.05.2021).
141. *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*. PCA Case No. 2001-04. Partial award of 17.03.2006. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> (date of access: 07.05.2021).
142. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*. ICSID Case No. ARB/01/8. Award of 12.05.2005. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> (date of access: 07.05.2021).
143. Human Rights Committee. General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights. URL: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO+fud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq/hW/TpKi2tPhZsbEJw/GeZRASjdFuuJQRnbJEaUhby31WiQPI2mLFDDe6ZSwMMvmQGVHA==> (date of access: 07.05.2021).
144. Özkan Y. I. Fork in the Road. *Jus Mundi*. URL: <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-fork-in-the-road> (date of access: 07.05.2021).
145. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29. Award of 27.08.2009. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf> (date of access: 07.05.2021).
146. Gordon K., Pohl J., Bouchard M. Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: a fact finding survey. OECD Working Papers on International Investment 2014/01, 2014. 76 p. URL: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jz0xvgx1zlt-en.pdf?expires=1620405429&id=id&accname=guest&checksum=2302F6517A1299972C0166ABDD74BA22> (date of access: 07.05.2021).

147. UNCTAD. World Investment Report 2020. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_en.pdf (date of access: 08.05.2021).
148. Dubin L. Corporate social responsibility clauses in investment treaties. *Investment Treaty News*. URL: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin> (date of access: 07.05.2021).
149. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States. 2016. URL: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (date of access: 07.05.2021).
150. Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada. 2018. URL: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (date of access: 08.05.2021).
151. Office of the US Trade Representative. United States-Mexico-Canada Agreement. URL: <https://ustr.gov/usmca> (date of access: 08.05.2021).
152. Cotula L. Raising the bar on responsible investment: what role for investment treaties? *IIED*. URL: <https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17454IIED.pdf> (date of access: 07.05.2021).
153. UNCTAD. Investment policy framework for sustainable development. 2015. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf (date of access: 07.05.2021).
154. *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*. ICSID Case No. ARB/11/33. Award of 03.11.2015. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4450.pdf> (date of access: 07.05.2021).
155. *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*. Ad hoc arbitration. Award of 10.10.1973. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-bp-exploration-company-libya->

- [limited-v-government-of-the-libyan-arab-republic-award-wednesday-10th-october-1973](#) (date of access: 07.05.2021).
156. *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*. Ad hoc arbitration. Award of 12.04.1977. URL: [https://jusmundi.com/en/document/decision/en-libyan-american-oil-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-award-tuesday-12th-april-1977](#) (date of access: 07.05.2021).
 157. Cotula L. Investment contracts and sustainable development: How to make contracts for fairer and more sustainable natural resource investments. *IIED*. URL: [https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17507IIED.pdf](#) (date of access: 07.05.2021).
 158. Sundararajan A. Environmental counterclaims: enforcing international environmental law through investor-state arbitration: Research Paper. 2018. 30 p. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3485251](#) (date of access: 07.05.2021).
 159. *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. ICSID Case No. ARB/08/6. Interim Decision on the Environmental Counterclaim of 11.08.2015. URL: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf](#) (date of access: 07.05.2021).
 160. *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. ICSID Case No. ARB/08/6. Decision on Claimant's Application for Dismissal of Ecuador's Counter-claims of 18.08.2017. URL: [https://jusmundi.com/en/document/decision/en-perenco-ecuador-limited-v-republic-of-ecuador-petroecuador-decision-on-claimants-application-for-dismissal-of-ecuadors-counter-claims-friday-18th-august-2017](#) (date of access: 07.05.2021).
 161. Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. 2016. URL:

- <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3601/download> (date of access: 07.05.2021).
162. Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty. 2015. URL: https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (date of access: 07.05.2021).
 163. UN Human Rights Office of High Commissioner. Guiding Principles on Business and Human Rights. 2011. URL: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (date of access: 07.05.2021).
 164. OECD. Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. 2011. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144> (date of access: 07.05.2021).
 165. ILO. Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy. 2017. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (date of access: 07.05.2021).
 166. Sauvant K. P. The negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2991265 (date of access: 07.05.2021).
 167. OECD. The Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 1998, URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=58138,43748,5615,103554,50198,5022,7448,6918&CurrentCatalogueIdIndex=4&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True (date of access: 07.05.2021).
 168. UN Economic and Social Council. Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights. 2003.

- URL: <https://digitallibrary.un.org/record/501576?ln=en#record-files-collapse-header> (date of access: 07.05.2021).
169. Background & History of the Guiding Principles. *Business and Human Rights Resource Centre*. URL: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/un-guiding-principles-on-business-human-rights/background-history-of-guiding-principles/> (date of access: 07.05.2021).
 170. Coca-Cola Co releases 1st stand-alone Human Rights Report, aligned with UN Guiding Principles Reporting Framework. *Business and Human Rights Resource Centre*. URL: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/coca-cola-co-releases-1st-stand-alone-human-rights-report-aligned-with-un-guiding-principles-reporting-framework-2/> (date of access: 07.05.2021).
 171. Human Rights. *General Electrics*. URL: https://www.ge.com/sites/default/files/GEA18001%20Human%20Rights_June2019_r1.pdf (date of access: 07.05.2021).
 172. OECD. Guidelines for Multinational Enterprises: recommendations for responsible business conduct in a global context (Annex 1). 2011. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144> (date of access: 07.05.2021).
 173. OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises. *OECD*. URL: <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecddeclarationanddecisions.htm> (date of access: 07.05.2021).
 174. Глобальний договір ООН в Україні. *Global Compact Network Ukraine*. URL: <https://globalcompact.org.ua/pro-nas/gd-oon-v-ukraini/> (дата звернення: 07.05.2021).
 175. SADC Model Bilateral Investment Treaty template with commentary. 2012. URL: <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf> (date of access: 07.05.2021).
 176. Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the State of Qatar. 2016. URL:

- <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5383/download> (date of access: 07.05.2021).
177. Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria. 2016. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> (date of access: 07.05.2021).
 178. Netherlands Model Investment Agreement. 2019. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download> (date of access: 07.05.2021).
 179. Mann H. The SADC Model BIT Template: Investment for Sustainable Development. *IISD*. URL: https://www.iisd.org/itn/en/2012/10/30/the-sadc-model-bit-template-investment-for-sustainable-development/#_ftn1 (date of access: 08.05.2021).
 180. African Union Commission. Draft Pan-African Investment Code. 2016. URL: https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf (date of access: 08.05.2021).
 181. Hedar A. The legal nature of the Draft Pan-African Investment Code and its relationship with international investment agreements. *South Centre*. URL: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements_EN.pdf (date of access: 08.05.2021).
 182. Paulsson M. R. P. The 2019 Dutch Model BIT: its remarkable traits and the impact on FDI. *Kluwer Arbitration Blog*. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/18/the-2019-dutch-model-bit-its-remarkable-traits-and-the-impact-on-fdi/> (date of access: 08.05.2021).
 183. Ejims O. The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty: More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty? *ICSID Review*. 2019. P. 1–23.

184. Войтович С. Деякі особливості арбітражної угоди у міжнародному інвестиційному арбітражі. *Юридичний портал Протокол*. URL: https://protocol.ua/ua/deyaki_osoblivosti_arbitraznoi_ugodi_u_mignarodnomu_investitsiynomu_arbitragi/ (дата звернення: 11.05.2021).
185. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*. ICSID Case No. ARB/14/21. Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands of 30.11.2017. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10107.pdf> (date of access: 08.05.2021).
186. Skovgaard Poulsen L. N., Gertz G. Reforming the investment treaty regime: a 'backward-looking' approach. *Brookings*. URL: <https://www.brookings.edu/research/reforming-the-investment-treaty-regime/> (date of access: 08.05.2021).
187. Abel P. Counterclaims based on international human rights obligations of investors in international investment arbitration. *Brill Open Law*. 2018. No. 1. P. 61–90.
188. Ratnert S. R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. *The Yale Law Journal*. 2001. Vol. 111, no. 443. P. 443–545. URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4570&context=yjlj> (date of access: 08.05.2021).
189. Pohl J. Societal benefits and costs of international investment agreements. *OECD Working Papers on International Investment* 2018/01. URL: <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Societal-benefits-and-costs-of-International-Investment-Agreements.-A-CRITICAL-REVIEW-OF-ASPECTS-AND-AVAILABLE-EMPIRICAL-EVIDENCE.pdf> (date of access: 08.05.2021).
190. OECD. Business responsibilities and investment treaties: compilation of comments received. *OECD Public Consultation – Jan-Feb. 2020*. URL: <https://www.oecd.org/investment/OECD-Investment-treaties-Public-consultation-2020.pdf> (date of access: 08.05.2021).

191. Cotula L., Neal T. UNCITRAL Working Group III: can reforming procedures rebalance investor rights and obligations? *South Centre*. URL: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/IPB15_UNCITRAL-Working-Group-III-Can-Reforming-Procedures-Rebalance-Investor-Rights-and-Obligations_EN-1.pdf (date of access: 08.05.2021).
192. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики: Монографія. Харків, 2012. 456 с. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/12897/1/SHokin_2012_mon.pdf (дата звернення: 11.05.2021).
193. Задорожній О. Поняття та нормативні вимоги основних принципів міжнародного права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2015. С. 242–255.
194. *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration of Michael Reisman of 07.12.2011. URL: https://jusmundi.com/en/document/opinion/en-spyridon-roussalis-v-romania-declaration-of-w-michael-reisman-award-wednesday-7th-december-2011#opinion_73 (date of access: 08.05.2021).