

ПРИНЦИП НЕДИСКРИМИНАЦИИ ИНВЕСТОРОВ В ДОГОВОРЕ К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ

© 2013 г. А.С. Автономов¹, И.В. Зенкин²

Краткая аннотация: статья посвящена исследованию особенностей норм Договора к Энергетической хартии (включая их формулировки, толкование и применение), нацеленных на недопущение дискриминации инвесторов из разных государств, участвующих в Договоре, сохраняющихся изъятий из полной реализации принципа недискриминации, а также условий, при которых непредоставление инвесторам режима наибольшего благоприятствования не считается дискриминацией по данному Договору.

Annotation: the article is devoted to the study of peculiarities of the norms of the Energy Charter Treaty (including their formulation, interpretation and application), aimed at preventing discrimination of investors from different countries participating in the Treaty, the remaining exemptions from the full implementation of the principle of non-discrimination, as well as the conditions under which failure to provide investors with the most favoured nation treatment is not considered to be discrimination under the Treaty.

Ключевые слова: Договор к Энергетической хартии, инвестиции, принцип наибольшего благоприятствования, равные условия для инвесторов.

Key words: Energy Charter Treaty, investments, the principle of most favoured nation, equal conditions for investors

Вводная информация о Договоре к Энергетической хартии. Для российского юриста рассмотрение практически любого вопроса регулирования инвестиций Договором к Энергетической хартии (ДЭХ) имеет не только теоретический (изучение общих вопросов регулирования инвестиций на международном уровне, сравнительные исследования в сфере регулирования иностранных инвестиций, правовой режим инвестиций в добычу и транспортировку нефти и газа и т.п.), но и прикладной интерес, поскольку в странах, где применяется ДЭХ, действуют российские инвесторы. Россия входит в международные организации, сотрудничающие с органами, обеспечивающими реализацию ДЭХ, не говоря уже о том, что Россия не отказалась в полной мере от участия в ДЭХ (о чем свидетельствует сохранение подписи под Договором), и при вынесении окончательного решения о ратификации (или нератификации) данного Договора, очевидно, будут приняты все аспекты его реализации на практике.

ДЭХ, как известно, был принят и открыт для подписания вместе с Протоколом по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам (ПЭЭСЭА) в декабре 1994 г. в Лиссабоне с тем, чтобы обеспечить реализацию Европейской энергетической хартии, принятой 17 декабря 1991 г. в качестве составной части Заключительного документа Гаагской

Конференции по Европейской энергетической хартии³, провозгласившей развитие сотрудничества в энергетической сфере между Востоком и Западом. ДЭХ и ПЭЭСЭА вступили в силу 16 апреля 1998 г. после ратификации их первыми тридцатью государствами. В том же году была принята так называемая Торговая поправка, нацеленная на гармонизацию ДЭХ и правил Всемирной Торговой Организации (ВТО), которая вступила в силу в 2010 г.

По состоянию на 1 июля 2013 г. участниками ДЭХ являются 47 государств и Европейские Сообщества (Европейский Союз и Европейское Сообщество по атомной энергии)⁴. Европейский Союз (ЕС) и Европейское Сообщество по атомной энергии (Евратом) являются самостоятельными участниками ДЭХ, однако согласно ст. 42 и 44 ДЭХ⁵ акт Сообществ об утверждении присоединения к ДЭХ не засчитывается в качестве одной из ратификаций. Наряду с ЕС и Евратомом, к ДЭХ присоединились все государства – члены ЕС, государства – члены Содружества Независимых Государств (СНГ) (Россия и Беларусь ДЭХ подписали, но пока не ратифицировали), Грузия,

³ Compendium of Sustainable Energy Laws. Cambridge University Press, 2005, p. 173–181.

⁴ Данные официального сайта: <http://www.encharter.org/index.php?id=61&L=1>

⁵ Договор к Энергетической Хартии на русском языке цит. по: Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. Правовая основа для международного энергетического сотрудничества. Брюссель, 2004.

¹ Доктор юридических наук, профессор.

² Доктор юридических наук, профессор.

некоторые европейские государства, не входящие в ЕС, – Швейцария, бывшая Югославская Республика Македония, Республика Босния и Герцеговина, Лихтенштейн, Албания, – а также Афганистан, Монголия, Турция, Япония. Беларусь, подписав ДЭХ, временно применяет его, воздерживаясь пока от ратификации. Россия также подписала ДЭХ, приняла решение о временном применении до ратификации, однако в 2009 г., так и не ратифицировав ДЭХ, прекратила временное применение (не применяется с 18 октября указанного года), но и не отозвала подпись, приняв между тем активное участие в разработке проекта протокола по транзиту энергоносителей. При этом российская делегация на 20-й сессии Конференции по Энергетической хартии 9 декабря 2009 г. заявила, что “несмотря на прекращение временного применения Договора к Энергетической хартии Россия рассматривает ДЭХ как важное многостороннее соглашение в области энергетики”⁶. Кроме того, ДЭХ подписали, но пока не ратифицировали и не объявили о временном применении Австралия, Исландия и Норвегия.

Наблюдателями на Конференции по Энергетической хартии являются Индонезия, Иордания, Канада, Марокко, Пакистан, Сербия, Сирия, США, Черногория. Кроме того, ряд стран имеют статус наблюдателя по приглашению на Конференции по Энергетической хартии: Алжир, Бахрейн, Венесуэла, Египет, Иран, Йемен, Катар, Китай, Республика Корея, Кувейт, Нигерия, Оман, Государство Палестина, Саудовская Аравия, Тунис, Объединенные Арабские Эмираты. В качестве наблюдателей выступает и ряд международных организаций и органов: Ассоциация Экономического Сотрудничества стран Юго-Восточной Азии (АСЕАН), Европейский банк реконструкции и развития, Всемирный банк, ВТО, Электроэнергетический совет СНГ, Европейская экономическая комиссия ООН, Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Черноморское экономическое сотрудничество, Международное энергетическое агентство, Организация Балтийского регионального энергетического сотрудничества.

Органом, обеспечивающим реализацию ДЭХ, протоколов к нему, является Конференция по Энергетической хартии, которая формирует Секретариат Энергетической хартии как постоянно действующий орган. Секретариат Энергетической хартии в 2007 г. подписал Документ о сотрудничестве с Секретариатом Международного

энергетического форума, а в 2012 г. – Меморандум о понимании с Генеральным секретариатом Лиги арабских государств.

Примечательно, что США и Канада поддерживали Европейскую энергетическую хартию, но не подписали ДЭХ, однако оба этих государства деятельно участвовали в разработке его проекта и даже упоминаются в некоторых списках государств, содержащихся в приложениях к ДЭХ в качестве его неотъемлемых частей.

Как показал А.А. Конопляник, ДЭХ появился как закономерный результат изменений в финансировании проектов в энергетике в конце XX в., что привело к росту зарубежных инвестиций в энергетике многих стран и вследствие этого к необходимости международного регулирования, включая защиту указанных инвестиций⁷. При разработке и принятии ДЭХ принимались во внимание основные общепринятые подходы к регулированию отношений, сложившиеся в современном международном праве.

Обеспечение равных условий для деятельности инвесторов по Договору к Энергетической хартии. В современном международном праве принцип недискриминации является одним из важнейших, упоминается во многих международных обязательных и рекомендательных документах, применяется к разнообразным отношениям, регулируемым международным правом. Защита от дискриминации является одним из наиболее важных компонентов в создании благоприятного инвестиционного климата. В ДЭХ равные условия деятельности инвесторам предоставляются в соответствии с п. 7 ст. 10, однако ни термин “недискриминация”, ни термин “принцип недискриминации” в данном положении ДЭХ не употребляется. Тем не менее именно он в первую очередь создает условия для недопущения дискриминации по отношению к инвесторам из разных государств-участников ДЭХ.

Пункт 7 ст. 10 ДЭХ обязывает принимающие страны предоставлять инвесторам других государств – участников ДЭХ режим, не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет инвестициям своих собственных инвесторов или инвесторов других стран, т.е. национальный режим или режим наибольшего благоприятствования, в зависимости от того, какой из них является наиболее благоприятным. Например, согласно закрепленному в п. 7 ст. 10 ДЭХ принципу недискриминации экспортная лицензия не может

⁶ http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Conferences/2009_Dec/Russia_RUS.pdf

⁷ См.: Конопляник А.А. Россия и Энергетическая хартия. М., 2010. С. 4–7.

предоставляться исключительно национальным инвесторам или инвесторам конкретного иностранного государства, если другие иностранные инвесторы находятся в аналогичном положении. Дословно п. 7 ст. 10 ДЭХ гласит: “Каждая Договаривающаяся Сторона предоставляет Инвестициям на своей Территории Инвесторов других Договаривающихся Сторон и распространяет на их соответствующую деятельность, включая управление, поддержание, пользование, владение или распоряжение, режим, не менее благоприятный, чем тот, который она предоставляет Инвестициям своих собственных Инвесторов или Инвесторов любой другой Договаривающейся Стороны или любого третьего государства и распространяет на их соответствующую деятельность, включая управление, поддержание, пользование, владение или распоряжение, в зависимости от того, какой из них является наиболее благоприятным”.

Государства – участники ДЭХ взяли на себя обязательства согласно данному Договору не вводить индивидуальные изъятия из принципа недискриминации для осуществленных инвестиций. Тем не менее существуют три общих случая, когда принцип недискриминации не применяется в полном объеме или когда определенный метод его применения требует дальнейшего разъяснения.

Во-первых, в соответствии с практикой других международных инвестиционных договоров существуют изъятия из принципа недискриминации в отношении вопросов налогообложения (ст. 21 ДЭХ, причем, как указывается в п. 1 этой статьи, “в случае любого противоречия между настоящей Статьей и любым другим положением Договора настоящая Статья имеет преимущественную силу в части такого противоречия”).

Во-вторых, п. 8 ст. 10 ДЭХ предусматривает включение условий реализации принципа недискриминации в отношении программ, “в рамках которых Договаривающаяся Сторона предоставляет субсидии или другие виды финансовой помощи или заключает контракты на исследования и разработки в области энергетической технологии” (а Секретариат Энергетической хартии полагает, что там будет даже “рассматриваться методика применения принципа недискриминации”⁸), в некий дополнительный договор, который согласно п. 4 ст. 10 должен был быть заключен не позднее 1 января 1998 г. и проект которого, однако, до

сих пор находится в стадии доработки и согласования.

В-третьих, охрана прав интеллектуальной собственности по п. 10 ст. 10 осуществляется в соответствии с действующими международными договорами, сторонами которых являются государства – участники ДЭХ.

Кроме того, Решение № 2 в отношении п. 7 ст. 10 предоставляет Российской Федерации право требовать от иностранных инвесторов, чтобы они в законодательном порядке получали разрешение на аренду земли, находящейся в федеральной собственности, “при условии, что Российская Федерация обеспечит без изъятий применение этого процесса без дискриминации в отношении Инвестиций Инвесторов других Договаривающихся Сторон”⁹.

Итак, ДЭХ требует, чтобы стороны уведомляли об имеющихся законах, нормативных актах и других мерах, представляющих собой изъятия из этого стандарта справедливого режима (“Несогласующиеся меры, сохраняемые Договаривающимися Сторонами, и любые обязательства в отношении этих мер”). Кроме того, на нотифицированные изъятия распространяется обязательство (согласно п. 5 ст. 10) “стремиться”, в соответствии с которым государствам – участникам ДЭХ, в том числе и государствам, временно применяющим ДЭХ, следует стараться ограничивать до минимума изъятия, не вводя новые меры (так называемое правило “*stand still*”), и постепенно устранять существующие ограничения, влияющие на инвесторов других Договаривающихся Сторон (правило “*roll back*”). Изъятия подлежат периодическому рассмотрению Конференцией по Энергетической хартии, для чего Секретариат готовит соответствующие обзоры. Со временем в ходе процесса общих обзоров сократилось количество и сузился охват уведомлений, внесенных в реестр. Наиболее свежий из обзоров был подготовлен в декабре 2012 г. и содержится в так называемой “Синей книге”¹⁰. Согласно данным, приведенным в “Синей книге”, только у 13 государств – участников ДЭХ (Бельгии, Боснии и Герцеговины, Великобритании, Грузии, Дании, Ирландии, Кыргызстана, Люксембурга, Нидерландов, Португалии, Таджикистана, Швеции, Эстонии) в 2013 г. нет изъятий из стандарта справедливого режима. Нет изъятий также у Норвегии, однако она, как

⁹ Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. С. 155.

¹⁰ См.: “Синяя книга”. Осуществление инвестиций в странах-членах Энергетической хартии. Изъятия из принципа недискриминационного режима. Брюссель, 2012.

⁸ Договор к Энергетической хартии: путеводитель для читателя. Брюссель, 2002. С. 23.

известно, подписала, но до сих пор еще не ратифицировала ДЭХ¹¹. Таким образом, большинство государств-участников ДЭХ сохраняют изъятия. Всего у государств, присоединившихся к ДЭХ или только подписавших Договор, в общей сложности на начало 2013 г. насчитывается 89 изъятий из предусмотренного ДЭХ режима¹². Таким образом, за почти двадцатилетнюю историю ДЭХ пока не удалось в полной мере добиться недопущения дискриминации инвесторов.

Уже известны споры инвесторов с государствами по поводу дискриминации и соблюдения п. 7 ст. 10 ДЭХ, например: Электрабель С.А. (Бельгия) против Республики Венгрия¹³, ЮКОС Юниверсал Лтд. (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии – остров Мэн) против Российской Федерации¹⁴, Халли Энтерпрайзес Лтд. (Кипр) против Российской Федерации¹⁵, Ветеран Петролеум Траст (Кипр) против Российской Федерации¹⁶. Правда, пока ни по одному из указанных дел окончательного решения ни один из составов международных арбитражей не принял.

В отличие от непосредственно предусмотренной в п. 1 ст. 10 ДЭХ обязанности по соблюдению принципа недискриминации компаний и предпринимателей, уже осуществивших инвестиции, Договор не содержит предписаний о соблюдении рассматриваемого принципа на предынвестиционной стадии, но государства-участники ДЭХ вправе по собственной инициативе, руководствуясь п. 6 ст. 10 Договора, заявить о применении данного принципа и к потенциальным инвесторам, которые только собираются вложить финансовые ресурсы в энергетику соответствующего государства. Применение принципа недискриминации к предынвестиционной стадии имеет особое значение в энергетическом секторе, где до начала своей деятельности инвесторам часто необходимо получить лицензию или концессию. Обеспечение недискриминации на предынвестиционной стадии предполагается заложить в нормы уже упоминавшегося дополнительного договора, однако, как уже говорилось, перспективы его доработки и принятия пока не ясны. Предложения о включении положений, нацеленных на недопущение дискриминации компаний и предпринимателей на предынвестиционной стадии, вносились еще

во время работы над проектом ДЭХ, но тогда согласовать позиции так и не удалось.

Институт предоставления режима наибольшего благоприятствования согласно Договору к Энергетической хартии. Часть III ДЭХ “Поощрение и защита капиталовложений” заканчивается ст. 17 “Применение части III в определенных обстоятельствах”, которая гласит: “Каждая Договаривающаяся Сторона оставляет за собой право отказывать в преимуществах, предусматриваемых в настоящей Части: (1) юридическому лицу, если такое юридическое лицо принадлежит гражданам или подданным третьего государства или контролируется ими и если это юридическое лицо не ведет существенной деловой деятельности на Территории той Договаривающейся Стороны, на которой оно создано; или (2) Инвестиции, если отказывающаяся в преимуществах Договаривающаяся Сторона установит, что такая Инвестиция является Инвестицией Инвестора третьего государства, с которым или в отношении которого отказывающаяся Договаривающаяся Сторона: (а) не поддерживает дипломатических отношений; или (б) принимает или сохраняет в силе меры, которые (i) запрещают сделки с Инвесторами этого государства; или (ii) были бы нарушены или обойдены, если преимущества, предусмотренные в настоящей Части, были предоставлены Инвесторам этого государства или их Инвестициям”.

Другими словами, согласно ст. 17, если фирма принадлежит лицам из третьего государства или контролируется из третьего государства и не ведет существенной деловой активности на территории того государства, где она создана, государство-участник ДЭХ вправе не соблюдать в отношении такой фирмы своих обязательств по ДЭХ.

Примечательно, что п. 1 и 2 ст. 17 ДЭХ сформулированы по-разному с точки зрения установления фактов, которые могут послужить основанием для применения данной статьи Договора. Так, п. 1 составлен нейтрально, и в случае возникновения спора любая сторона может устанавливать факты, ссылаться на них и приводить доказательства их наличия. А п. 2 ст. 17 предписывает установление соответствующих обстоятельств исключительно государству-участнику ДЭХ (“Договаривающейся Стороне”). Получается, что и в случае возникновения спора между какой-либо компанией и принимающим государством решающей окажется позиция государства-участника ДЭХ. Как представляется, на это следует обратить внимание в свете известного правила *onus probandi actori incumbit* – бремя доказывания возлагается на сторону, выдвинувшую тезис.

¹¹ См.: там же. С. 8.

¹² См.: там же.

¹³ См.: <http://www.encharter.org/index.php?id=358&L=1#c1194>

¹⁴ См.: <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=1#Yukos>

¹⁵ См.: <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=1#Hulley>

¹⁶ См.: <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=1#Veteran>

Проанализируем текст упомянутой статьи ДЭХ. Обратим внимание прежде всего на фразу “оставляет за собой право отказывать в преимуществах” (по-английски – *“reserves the right to deny the advantages”*¹⁷). Если государство “отказывает в преимуществах”, то должен ли этот отказ быть оформлен в виде специального акта, адресованного всем, нескольким инвесторам или каждому конкретному предпринимателю, либо он может выражаться “на языке фактов и действий”.

Очевидно, что в данном случае следует руководствоваться п. 4 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.¹⁸, исходя из которого “специальное значение придается термину лишь в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение”.

При толковании договора ни одно его положение не может сужаться до лишь одного из возможных его значений. Следовательно, фраза “оставляет за собой право отказывать в преимуществах” должна толковаться как включающая все возможные интерпретации термина “отказ в преимуществах” (в том числе и отказ в любой момент “на языке фактов и действий”, т.е. – неприменение государством положений ДЭХ к данной компании в процессе ее инвестиционной деятельности).

Теперь обратимся к тому, как следует понимать “третье государство” в ст. 17 ДЭХ, поскольку именно с принадлежностью к некоему третьему государству инвестора увязывается право участника ДЭХ не соблюдать положения Договора по отношению к такому инвестору.

ДЭХ не содержит определения термина “третье государство”, поэтому возникает необходимость в толковании Договора для выяснения смысла указанного термина. Такое толкование должно осуществляться в соответствии с положениями международного права, в частности в соответствии с положениями Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.

Исходя из п. 4 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., “специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение”. В данном пункте подчеркивается базовый

принцип, положенный в основу толкования международных договоров: ни один термин, используемый в международном договоре, при толковании договора не может сужаться до лишь одного из возможных значений этого термина (если об ином не свидетельствует намерение сторон), т.е. термин должен толковаться как включающий все его возможные значения.

Так, например, в п. 7 ст. 1 ДЭХ договаривающиеся государства противопоставляются третьему (недоговаривающемуся) государству. Однако представляется, что такое толкование недостаточно точно отражало бы смысл ст. 17, так как если бы речь шла исключительно о государствах, не участвующих в ДЭХ, то так прямо и можно было бы записать в ст. 17. Но в Договоре предпочли использовать термин “третье государство”, а не “государство, не являющееся договаривающейся стороной” или “государство, не являющееся стороной Договора”. А можно ли как-то иначе понять термин “третье государство”, не сужая понимания исключительно до неучастия в ДЭХ?

С точки зрения обычного употребления слова под “третьим” государством будет пониматься государство, которое не относится ни к государству (группе государств) № 1, ни к государству (группе государств) № 2, т.е. во взаимоотношениях фирмы, зарегистрированной на территории, например, Молдовы (первое государство), и, к примеру, Республики Казахстан (второе государство) любое иное государство (скажем, Румыния) является третьим государством, несмотря на то что все три государства участвуют в ДЭХ. Для того чтобы лучше разобраться в том, как в международных многосторонних договорах может пониматься термин “третье государство” без сведения его к термину “государство, не являющееся участником договора”, обратимся в качестве аналогии к п. 1 ст. 40 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.¹⁹: “Если дипломатический агент проезжает через территорию третьего государства..., следуя для занятия своего поста... или же в свою страну, это третье государство предоставляет ему неприкосновенность...”. В данном случае “первое” государство – это “свое” государство. “Второе” государство – это государство, в котором дипломат “занимает пост”. А “третье” государство – это любое иное государство, участвующее в Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г., по территории которого следует дипломат. Другими словами, если казахстанский дипломат будет следовать для занятия

¹⁷ The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation. Brussels, 2004. P. 60.

¹⁸ См.: Венская конвенция о праве международных договоров // Сов. ежегодник международного права. 1977. М., 1979. С. 396–416; официальный текст данной Конвенции см. в следующем документе ООН: A/Conf.39/27.Rev.1, 27 November 1970.

¹⁹ См.: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/dip_rel.shtml

своего поста в Молдове через Румынию, то Румыния будет рассматриваться в соответствии с упомянутой Венской конвенцией 1961 г. как третье государство (хотя все три государства – Казахстан, Молдова и Румыния участвуют в Венской конвенции 1961 г.).

Таким образом, термин “третье государство” не может быть ограничен в ДЭХ лишь одной интерпретацией – “государства, не участвующие в ДЭХ”. Если речь идет о казахстанско-молдавских отношениях, то Румыния в данном контексте является третьим государством независимо от ее участия в ДЭХ.

Иное толкование положений данной статьи опять же противоречило бы п. 4 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., который гласит следующее: “специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение”. Таким образом, термин, используемый в международном договоре, должен толковаться как включающий все его возможные интерпретации.

Неоднозначность понимания “третьего государства” в ст. 17 ДЭХ отметил состав Арбитражного института международной торговой палаты в Стокгольме в своем Решении по делу АМТО (Латвия) против Украины²⁰. При рассмотрении дела выяснилось, что АМТО, зарегистрированная и функционирующая в Латвии, находится в собственности фонда, зарегистрированного в Лихтенштейне, и фактически под контролем российского гражданина. Как указывается в последнем абзаце § 67 указанного Решения состава Арбитража, “соответственно АМТО контролируется российским гражданином. Установление данного факта поднимает трудный вопрос толковательного характера о том, является ли Россия “третьим государством” по смыслу ст. 17(1). Однако установление Судом²¹ наличия второго условия, предусмотренного ст. 17(1) и относящегося к существенной деловой деятельности в Латвии, означает, что Суду нет необходимости отвечать на указанный вопрос”. Дело было зарегистрировано 24 ноября 2005 г., а процитированное Решение вынесено 26 марта 2008 г., а в тот

период Россия временно применяла ДЭХ, иначе говоря, была не только государством, подписавшим ДЭХ, но и в полной мере участвовала в Договоре наряду с государствами, ратифицировавшими его. Итак, состав Арбитражного института международной торговой палаты в Стокгольме в деле АМТО (Латвия) против Украины поднял вопрос о том, может ли государство – участник ДЭХ в конкретных двусторонних отношениях (в которые вовлечены в той или иной степени два других государства – участника ДЭХ) выступать в качестве “третьего государства” по смыслу ст. 17 Договора. Трибунал, не отвергая сходу такую возможность, не стал отвечать на этот вопрос. Казалось бы, если под “третьими государствами” понимаются только страны, не участвующие в ДЭХ, то и вопрос не должен был бы возникнуть: ведь все упомянутые государства – Украина, Латвия, Лихтенштейн, Россия – на период рассмотрения дела АМТО (Латвия) против Украины и вынесения по нему решения в полной мере участвовали в ДЭХ. Сам факт возникновения у состава Арбитража вопроса, пусть и оставшегося без ответа (о предполагаемом наличии третьего государства – участника ДЭХ в двусторонних отношениях юридического лица из Латвии и Украины), подтверждает высказанный ранее тезис о том, что по смыслу ст. 17 ДЭХ под “третьим государством” может пониматься не только государство, не являющееся стороной ДЭХ, но и государство – участник ДЭХ.

Термин “третье государство” содержится не только в п. 1, но также и в п. 2 ст. 17 ДЭХ. При этом опять же его понимание не может сводиться исключительно к государству, не присоединившемуся к ДЭХ. А возможна ли такая ситуация, когда хотя бы два государства – участника ДЭХ не поддерживают дипломатических отношений, как об этом говорится в п/п. “а” п. 2 ст. 17 Договора, поскольку ДЭХ нацелен на развитие сотрудничества между государствами в сфере энергетики и предполагает готовность и стремление государств-участников к такому сотрудничеству, а также хорошие и уж, как минимум, дипломатические отношения между ними? Конечно, такая ситуация возможна. Во-первых, государства, присоединяясь к любому многостороннему договору, проявляют заинтересованность в международном сотрудничестве в той или иной сфере в целом, но необязательно с одинаковой степенью интенсивности с каждым отдельно взятым участником соответствующего многостороннего договора. Во-вторых, политическая ситуация с течением времени может меняться, и отношения между государствами могут охладиться, испортиться.

²⁰ См.: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/InvestorState_Disputes/Amt0_Ukraine_Award.pdf

²¹ Решение составлено на английском языке, и в нем используется термин “Tribunal” – сокращенно от “Arbitral Tribunal”, т.е. “третейский суд”, каковым и является Арбитражный институт международной торговой палаты в Стокгольме, а в данном случае конкретный состав такого третейского суда (арбитража).

Отсутствие дипломатических отношений в течение некоторого времени между отдельными государствами–участниками ДЭХ не только теоретически допустимо, но и наблюдается на практике. Так, в 2008 г. Грузия разорвала дипломатические отношения с Россией, причем Грузия ратифицировала ДЭХ 12 июля 1995 г., а Россия в тот период временно применяла (вплоть до 18 октября 2009 г.) Договор, т.е. была фактически, полноправным участником ДЭХ. Прекращение дипломатических отношений между Россией и Грузией не повлияло на участие обоих государств в ДЭХ, а выход России в 2009 г. из режима временного применения ДЭХ объяснялся иными соображениями, нежели дипломатические отношения с Грузией.

Итак, используемое в п. 1 и 2 ст. 17 ДЭХ понимание термина “третье государство”, в отличие от п. 7 ст. 1 Договора, не может быть сведено исключительно “государству, не являющемуся стороной ДЭХ”. Соответственно, третьим государством по смыслу ст. 17 при определенных обстоятельствах может оказаться какое-либо государство–участник Договора, не включенное непосредственно в некоторые урегулированные ДЭХ отношения между двумя другими участниками Договора, причем такому третьему государству согласно ст. 17 может быть отказано в преимуществах, установленных ДЭХ. При установлении смысла ст. 17 ДЭХ получилась довольно громоздкая юридическая конструкция. В связи с этим применения ст. 17 ДЭХ требует предмет усилий по толкованию (недаром состав Арбитража в Решении по делу АМТО против Украины указал на трудность толковательного характера, но уклонился от решения задачи по выяснению вопроса о “третьем государстве”).

Что касается проблем толкования ДЭХ, то о них говорили еще в 1994 г. на Конференции по Европейской энергетической хартии, которая приняла Договор и открыла его для подписания и ратификации. В частности, в Заявлении Председателя указанной Конференции разъясняется: “Наконец, я отмечаю, что представитель Норвегии, поддержанный представителями Армении, Беларуси, Европейских Сообществ и их государств–членов, Исландии, Литвы, Лихтенштейна, Казахстана, Молдовы, Российской Федерации, Украины, Финляндии, Швеции, Швейцарии и Эстонии заявил, что Договор должен применяться и толковаться в соответствии с общепризнанными правилами и принципами соблюдения, применения и толкования договоров, как отражено в Части III Венской конвенции о праве договоров от 25 мая 1969 г. В частности, в контексте ст. 18(2)

они напомнили, что сторона не может ссылаться на положения своего внутреннего законодательства для оправдания своей неспособности применять Договор. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, придаваемым терминам Договора в их контексте и в свете его цели и задач”²². А толкование международных договоров базируется главным образом на ст. 31–33 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Статьи 31–32 посвящены толкованию договора на одном языке.

В ст. 31 (“Общее правило толкования”) Венской конвенции 1969 г. обращает на себя внимание общий подход: толкование осуществляется добросовестно, т.е. требуется исходить из обычного (буквального) значения терминов (“Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора”). Толкование должно также осуществляться с учетом объекта и цели договора. Термин “а также”, на наш взгляд, свидетельствует о том, что в первую очередь необходимо использовать буквальное толкование.

Специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение. Например, третье государство – это не первое и не второе государства. Интерпретация “третье государство” как государство, не участвующее в международном договоре, возможна лишь в том случае, если стороны об этом специально договорятся.

Статья 31 Венской конвенции о праве международных договоров была объектом серьезного исследования Комиссии международного права, что нашло отражение в её Докладе за 2011 г.²³ Комиссия пришла к выводу, что у разных органов по разрешению споров в области международного права сложились разные подходы к толкованию, каждый из которых имеет право на существование. Так, Орган по разрешению споров ВТО исповедует подход, ориентированный на текст. Это связано с особым характером права ВТО, в котором важна определенность (носящая порой технико-юридический характер).

²² Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. С. 182.

²³ См.: Доклад Комиссии международного права. Шестидесят третья сессия (26 апреля – 3 июня и 4 июля – 12 августа 2011 года). Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Шестидесят шестая сессия. Дополнение № 10. ООН, Нью-Йорк, 2011, А/66/10. С. 336, 337.

Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) и иные органы по разрешению споров в области прав человека в основном исповедуют подход, ориентированный на цель. Это связано, в частности, с достаточно старыми текстами международных договоров в данной области (Европейской конвенции – 60 лет) и “эволюционирующим общественством”.

Вместе с тем большинство органов (Международный суд ООН, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров и др.) проводят уравновешенный подход, названный в Докладе Комиссии конвенциональным. Применяются все предусмотренные в ст. 31 средства толкования без сколько-нибудь заметного выделения одного из них.

Итак, как представляется, словосочетание “а также” в п. 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров свидетельствует о том, что ориентированный на цель подход должен применяться лишь в том случае, если он оправдан. К примеру, если буквальный подход не дает результатов или если текст международного договора явно устарел. В противном случае, ориентируясь на цель, можно достаточно далеко уйти от текста.

При этом целью договоров о защите капиталовложений не может быть только защита интересов инвестора. Существует устоявшаяся практика, в соответствии с которой во главу угла должно ставиться сочетание законных ожиданий инвестора и интересов принимающего государства.

Как указал состав арбитража, действовавший в соответствии с правилами ЮНСИТРАЛ, в своем Частичном решении от 17 марта 2006 г. по делу Салука Инвестментс БВ (Нидерланды) против Чешской Республики (абзац 300), при рассмотрении инвестиционного спора в связи с нарушением двустороннего нидерландско-чехословацкого двустороннего договора о взаимной защите инвестиций “толкование, которое преувеличивает степень защиты, предоставляемой иностранным инвестициям, может послужить причиной отказа принимающих государств от допуска иностранных инвестиций и, таким образом, подорвать всеобщую цель расширения и углубления взаимных экономических отношений”²⁴. Таким образом, состав Арбитража пришел к выводу, что принятие завышенного стандарта защиты иностранных инвесторов разубедило бы многие государства в их стремлении допустить

иностранные инвестиции на свои территории и, таким образом, подорвало бы саму цель международного договора:

При толковании согласно Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. в обязательном порядке учитываются контекст, любые последующие соглашения участников, а также практика, свидетельствующая о таких соглашениях, и применимые нормы международного права.

Толкование международного договора должно осуществляться в контексте, т.е. охватывать текст (включая преамбулу и приложения), а также любые появившиеся в связи с заключением договора документы, в отношении которых стороны выразили свое согласие (подписанные сторонами протоколы, сделанные одной стороной и принятые другой стороной заявления и т.д.).

При толковании учитываются любые последующие соглашения участников, а также практика, свидетельствующая о таких соглашениях. Обзор Комиссии международного права, содержащийся в ее упомянутом Докладе за 2011 г., свидетельствует о том, что последующие соглашения используются редко (в силу характера применяемых договоров многие из них не становятся объектом последующих соглашений), а вот последующая практика – достаточно часто.

Эта практика «может состоять из актов всех государственных органов (исполнительных, законодательных, судебных), действия которых могут быть присвоены государству для цели толкования договора. Подобная практика может при определенных обстоятельствах даже включать “общественную практику” в той мере, в которой она отражена в государственной практике» (п. 9 абз. 344 гл. XI “Договоры сквозь призму времени” Доклада Комиссии международного права²⁵).

При толковании учитываются также любые применимые между участниками нормы международного права. С этой точки зрения имеет значение учет договоров о защите капиталовложений, заключенных между государствами, вовлеченными в сотрудничество в сфере энергетики.

Подготовительные материалы, использованные при разработке проекта многостороннего международного договора, относятся к так называемым дополнительным средствам толкования.

Любые дополнительные средства толкования международного договора могут использоваться

²⁴ Saluka Investments BV (the Netherlands) v. the Czech Republic // <http://italaw.com/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>

²⁵ См.: Доклад Комиссии международного права. А/66/10. С. 339.

лишь для того, чтобы подтвердить его значение, вытекающее из толкования в соответствии со ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Они могут также использоваться в том случае, если такое толкование не позволяет уяснить значения договора (оставляет его неясным) или приводит к абсурдным результатам.

В рассматриваемом случае толкование ДЭХ в соответствии со ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. предполагает использование разнообразных инструментов.

При толковании аутентичных текстов договора на разных языках следует исходить из их юридического равенства. При этом в случае расхождений

между текстами следует принимать то значение, которое согласует оба текста (или более текстов в зависимости от количества языков, на которых тексты договора считаются аутентичными) с учетом объекта и цели договора. Таковым, как правило, является более узкое значение термина.

Таким образом, ст. 17 ДЭХ нуждается в более глубоком изучении, а также в формировании практики ее предметного толкования и применения. Важнейшими целями Договора являются создание максимально благоприятных условий для капиталовложений в энергетику при соблюдении интересов государств – участников ДЭХ, поддержание устойчивого общественного развития и экологического равновесия.