ПРОБЛЕМА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЄС ЗА ПОРУШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ УГОД У СВІТЛІ СТАТЕЙ МІЖНАРОДНОЇ КОМІСІЇ З ПРАВА (ILC)

ПАЛІЄНКО Андрій Вікторович - аспірант кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка
ORCID 0009-0000-2321-830X
УДК 341.24:[061.1ЄС+339.727.22]
DOI: https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2023.3.44

Стаття присвячена тому, як інститут відповідальності у міжнародному праві, кодифікований у Статтях про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння та Статтях про відповідальність міжнародних організацій, фактично працює в конфігурації інвестиційних угод Європейського Союзу. Показано, що реальна ефективність захисту інвестора визначається не лише матеріальними стандартами на кшталт справедливого і рівного ставлення чи захисту від експропріації, а насамперед здатністю поєднати два рівні відповідальності, які зазвичай існують поряд і зрідка конфліктують: зовнішній, де перед інвестором має постати єдиний зрозумілий відповідач, і внутрішній, де між Союзом та державами-членами справедливо розподіляється фінансовий тягар залежно від природи та джерела порушення. Щоб уникнути пасток множинності відповідачів і водночас не залишити прогалин у захисті, сучасні інвестиційні угоди ЄС використовують процесуальний шлюз визначення належного відповідача, тоді як внутрішнє право Союзу забезпечує механізм координації позицій і відшкодування присуджених сум, не змінюючи при цьому ані змісту міжнародних зобов'язань, ані тестів атрибуції. На рівні юридичної техніки це означає, що інвестор спілкується з одним «вікном», а правопорядок ЄС зберігає гнучкість для справедливого розподілу наслідків у відносинах між Союзом і державою-членом.

Окрему увагу приділено конституційній засаді права ЄС, згідно з якою установчі договори мають пріоритет над іншими міжнародними договорами Союзу. У практичному вимірі цей пріоритет не скасовує зовнішніх обов'язків, але дисциплінує укладення та застосування інвестиційних угод: договори мають тлумачитися і виконуватися під «конституційним дахом» TEU і TFEU, а інституції Союзу не можуть діяти всупереч первинному праву навіть тоді, коли того вимагає логіка спору. Саме тому постлісабонівська архітектура компетенцій і попередня перевірка сумісності угод із правом ЄС стали ключовими інструментами запобігання колізіям, які в іншому разі виливалися б у юрисдикційний «пінг-понг» між органами Союзу і національними владними структурами. У статті на наративних, але юридично точних прикладах показано різницю між ситуаціями, коли оскаржується акт інституту ЄС, і випадками, коли шкоду спричиняє національний захід у сфері спільної або навіть виключної компетенції: у перших випадках атрибуція природно веде до відповідальності міжнародної організації, у других - потребує ретельного аналізу того, чи діяла держава як «подовжена рука» Союзу, чи реалізовувала власну дискрецію.

Новизна дослідження полягає в системному поєднанні трьох, зазвичай розірваних, сюжетів: договірного дизайну визначення відповідача, внутрішнього порядку розподілу фінансового тягаря та ієрархії норм у правопорядку ЄС. Теоретичний результат полягає у демонстрації того, що інститут відповідальності у міжнародному праві здатен гармонійно взаємодіяти з автономією права ЄС за умови чітко прописаних процесуальних

шлюзів і прозорих правил компенсації. Практичний результат втілено в рекомендаціях до драфтингу інвестиційних угод нової генерації: потрібні норми, що забезпечують єдиний зовнішній канал відповідальності, передбачувану маршрутизацію спорів залежно від природи оскарженого заходу та внутрішні гарантії справедливого відшкодування між рівнями влади. У підсумку пропонується двоповерхова модель, яка одночасно підтримує передбачуваність для інвестора, легітимність для регулятора і керованість для арбітражу, не створюючи ані лакун відповідальності, ані її штучної кумуляції.

Ключові слова: інститут відповідальності у міжнародному праві, Європейський Союз, інвестиційні угоди, атрибуція, множинність відповідачів, пріоритет установчих договорів, визначення відповідача, внутрішній розподіл тягаря, постлісабонівська компетенція.

Постановка проблеми

Коли інвестор звертається до трибуналу й каже: «Мій проект захищено угодою між ЄС та третьою державою, а шкоду спричинив акт держави-члена» – у відповідь неминуче постають два запитання. Перше: чиє це діяння з погляду інституту відповідальності у міжнародному праві – держави, міжнародної організації чи обох одночасно. Друге: хто має відповідати у процесуальному сенсі в межах конкретної угоди про захист інвестицій – Європейський Союз чи держава-член. Простого виходу немає, адже арбітр вирішує міжнародний спір, а не внутрішньоєвропейський конфлікт повноважень. Саме тому у праві ЄС склалася «подвійна рамка»: назовні механізм визначення відповідача у самому договорі, всередині – Регламент № 912/2014 про управління фінансовою відповідальністю [4; 5]. Інакше кажучи, CETA відчиняє двері в залу, а Регламент показує, хто після оголошення рішення дістає рахунок.

Аналіз досліджень і публікацій

Методологічний фундамент становлять коментарі ILC до ARSIWA та DARIO, які пояснюють, коли поведінка органів держави атрибутується самій державі, а коли – міжнародній організації, якщо ті органи фактично реалізують її повноваження або діють за її інструкціями [2; 3]. Філіпп Т. Штегман переконливо показує, як у цій сфері «процесуалізація» рухається поруч із «федералізацією» зовнішніх дій Союзу: від змішаних угод до створення інституційних шлюзів на кшталт статті 8.21 CETA, які дозволяють уникати ситуацій, коли трибунал змушений кликати і ЄС, і державу-члена на лаву відповідачів, хоча задум договору інший [1]. Політичний курс на єдину інвестиційну політику зафіксовано в Комунікації Комісії COM(2010) 343, тоді як доктринальні праці Basedow та інші уважно описали ризики «інтерференції» ARSIWA і DARIO, якщо процесуальний шлюз не спрацьовує належним чином [9; 10]. Спеціальні коментарі до статті 8.21 CETA (зокрема Benninghofen) деталізують, як визначення відповідача має відбуватися на практиці, аби не зруйнувати доступ до правосуддя й не перетворити ISDS на лабіринт попередніх питань [7; 5; 11].

Мета статті

Пояснити, як інститут відповідальності у міжнародному праві, відбитий у ARSIWA і DARIO, взаємодіє у спорах інвесторів проти ЄС або держав-членів; показати, як договірні норми на кшталт CETA ст. 8.21 і внутрішній Регламент № 912/2014 зшивають зовнішній і внутрішній рівні відповідальності; запропонувати практичні орієнтири для визначення належного відповідача після Висновку 2/15 Суду ЄС [1; 3; 4; 5; 6].

Виклад основного матеріалу дослідження

Спершу про атрибуцію. Якщо оскаржується рішення Комісії або регламент Союзу – базова логіка пряма: дії інституту ЄС атрибутуються ЄС як міжнародній організації, і питання зовнішньої відповідальності виводиться на площину DARIO [3]. Складніше, коли шкоду спричиняє національний акт у сфері, де Союз має виключну або спільну компетенцію. Тут у гру входить ARSIWA, але не сам по собі: важливим стає причинний зв'язок між національним актом і вимогами права ЄС. Скажімо, держава-член

відмовляє інвестору в дозволі, посилаючись на імплементацію директиви, однак саму директиву згодом Суд ЄС тлумачить інакше. Чи можна в такому випадку автоматично «перекласти» відповідальність на Союз? Ні. DARIO наполягає: для атрибуції до міжнародної організації потрібно, щоб держава діяла як її орган або за її інструкціями. Просто дія «в полі» компетенції ЄС ще не робить цю дію актом Союзу [2; 3]. Отже, з погляду зовнішнього кредитора-інвестора виникає типова «сіра зона», де технічний спір про компетенції легко перетворюється на спір про належного відповідача.

Тут стає у пригоді стаття 8.21 CETA. Вона говорить простою мовою: у спорах інвестора проти Європейського Союзу або держави-члена саме Європейський Союз визначає, хто буде відповідачем, виходячи з природи оскарженого заходу [5]. Це наче диспетчер у єдиній диспетчерській: слухає виклик, встановлює, кого саме вислати, і бере на себе відповідальність за правильність маршрутизації. Для інвестора така модель цінна тим, що він отримує один зовнішній «вектор» комунікації – і не мусить розгадувати загадки розподілу повноважень після Лісабона [1; 7]. Для правопорядку ЄС вона цінна тим, що дозволяє уникнути колізії застосування ARSIWA та DARIO без нав'язування трибуналу штучної кумуляції відповідачів.

А що, коли «диспетчер» помилився і визначив не того відповідача? Саме для цього існує внутрішній Регламент № 912/2014. Він не створює «окремого права відповідальності», а працює як фінансово-процедурний модуль: хто платитиме і за яких умов, залежно від того, чий захід фактично спричинив порушення зобов'язання перед інвестором [4]. Інакше кажучи, навіть якщо з міркувань єдності представництва в ISDS відповідає Союз, регламент дозволяє «рознести» фінансовий тягар на того, для кого порушення було «своїм» у матеріальному сенсі. Так зовнішня процесуальна єдність не розмиває внутрішню справедливість розрахунків.

Після Лісабона додався ще один ярус – межі зовнішньої компетенції. Висновок 2/15 щодо Угоди ЄС-Сінгапур розвів там, де треба, «чисті» компетенції Союзу і «змішані» сфери, пояснивши, коли для укладення потрібна участь держав-членів, а коли ні [6]. Для нашої теми наслідок практичний. Якщо інвестиційний розділ укладено ЄС одноосібно, інвестор апелює до одного договірного партнера і перед ним же шукає відповідь. Якщо маємо змішану угоду, стаття на кшталт 8.21 CETA стає не примхою драфтерів, а єдиним способом зберегти керованість спору й не перетворити процес у «пінг-понг» між Люксембургом і столицями держав-членів [5; 7; 11].

Припустімо, арбітраж стикається з позовом інвестора до ЄС щодо регуляторної заборони певної технології обробки даних. Заборона випливає з делегованого акту Комісії, який конкретизує рамковий регламент Союзу. У такій конфігурації поведінка є «власною» для ЄС, атрибутується як дія його інституту, тож на зовнішньому рівні працює DARIO, а питання належного відповідача вирішується буквально за текстом статті 8.21 CETA – Європейський Союз сам визначає, хто відповідач, і звично залишає цю роль за собою [5; 3]. Внутрішньо ж Регламент № 912/2014 виконує роль бухгалтерії відповідальності: якщо порушення спричинене суто актом Союзу, фінансовий тягар не перекладається на державу-члена, інакше – застосовується формула розподілу, прив'язана до того, чий захід став джерелом збитку [4]. Модель працює, бо договір і внутрішній акт поєднані у послідовну процедуру, де «диспетчеризація» спору не відривається від матеріальної природи порушення [1; 7].

Розглянемо ще один приклад. Держава-член відмовляє у дозволі на видобувний проєкт, посилаючись на національний акт імплементації директиви ЄС, однак обсяг дискреції держави виявляється ширшим, ніж вважали спочатку. Для інвестора це виглядає як «європейське» обмеження, але з погляду інституту відповідальності у міжнародному праві ключове не в географії, а в атрибуції: дія органу держави-члена не стає актом організації лише тому, що відбувається у сфері спільної компетенції. DARIO, на відміну від ARSIWA, вимагає специфічного зв'язку – виконання переданих повно-

важень організації чи дій за її інструкціями [2; 3]. І от саме тут процесуальний шлюз статті 8.21 CETA рятує від паралічу: ЄС, проаналізувавши природу заходу, може визнати відповідачем державу-члена, тоді як зовнішня єдність представництва для інвестора не втрачається – канал комунікації залишається один, а не два конкуруючі [5; 7; 1].

Слід також згадати тут про концепцію про пріоритет установчих договорів ЄС над іншими міжнародними угодами. Для нашої теми цей пріоритет означає просту, хоч і непросту у наслідках річ: у внутрішньому правопорядку Союзу саме Договори – TEU і TFEU – є «верхньою рамкою», що обмежує свободу укладання й застосування інших міжнародних договорів ЄС. Іншими словами, жоден інвестиційний розділ – скажімо, CETA – не може відступити від конституційних засад Союзу, і якщо текст такої угоди «вимагає» від інституцій ЄС поведінки, несумісної з Договорами, то всередині системи перевага за Договорами. Цей конституційний аксіоматизм співіснує з інститутом міжнародної відповідальності у парадоксальний, але логічний спосіб: так, зовні Союз не може виправдати невиконання міжнародного зобов'язання посиланням на своє внутрішнє право, але всередині він просто не має права діяти «всупереч» власній первинній нормі. Звідси ідея «подвійного каналу» корекції: по-перше, на стадії укладання угод – попередня перевірка компетенції та сумісності; по-друге, на стадії виконання – процесуальні шлюзи типу статті 8.21 CETA, які уникають конфігурацій, де арбітражний дизайн змушував би інституції ЄС перетнути червону лінію первинного права [5; 6; 9; 10]. Коротко кажучи, Договори – це «конституційний дах», під яким укладаються і застосовуються інвестиційні угоди; і поки ми не забуваємо про цей дах, відповідальність у міжнародному вимірі та внутрішня законність можуть узгоджуватися без руйнівних колізій [1; 6].

Ще одна практична аналогія. Уявімо, що трибунал доходить висновку: певна гарантія справедливого і рівного ставлення порушена саме через регуляторний стандарт ЄС. Зовнішній наслідок – обов'язок припинити порушення і відшкодувати шкоду. Внутрішній наслідок – необхідність привести вторинне право у відповідність до Договорів і до міжнародного зобов'язання, але без порушення конституційної архітектури ЄС. Тут простягається місток між тим, що доктрина називає «процесуалізацією» зовнішньої відповідальності та «федералізацією» внутрішнього розподілу повноважень: єдина точка входу для інвестора, але багаторівневий механізм виправлення і компенсації всередині, з детально прописаними правилами фінансового навантаження за Регламентом № 912/2014 [1; 4; 7].

Нарешті, політико-правовий горизонт. Після Лісабона Союз послідовно рухається до комплексної інвестиційної політики, що видно вже з COM(2010) 343: інвестиційні угоди нової генерації замислюються не як механічне продовження двосторонніх BIT, а як інтегрована частина правопорядку ЄС. Саме тому в них з'явилися норми визначення відповідача, координаційні механізми з правом ЄС і обмеження на тлумачення, несумісне з Договорами. У підсумку ми отримуємо конструкцію, де інститут відповідальності у міжнародному праві не «конкурує» з конституційною природою Союзу, а, навпаки, дисциплінується нею, зберігаючи передбачуваність для інвестора й легітимність для регулятора [9; 10; 5].

Висновки

По-перше, оптимальна модель визначення належного відповідача у спорах за участі ЄС саме процесуальна, а не суто матеріальна: стаття 8.21 CETA і подібні положення забезпечують єдиний зовнішній канал відповідальності, тоді як Регламент № 912/2014 врівноважує внутрішній розподіл тягаря. По-друге, атрибуція у «змішаних» ситуаціях потребує уважного застосування тестів ARSIWA і DARIO, зокрема щодо інструкцій чи переданих повноважень, – інакше легко або «розчинити» відповідальність, або створити штучну її кумуляцію. По-третє, пріоритет установчих договорів ЄС над іншими міжнародними угодами – не декоративний лозунг, а робоче правило ієрархії: він визначає і межі договірних зобов'язань, і спосіб їх виконання

всередині правопорядку, не заперечуючи при цьому зовнішніх наслідків для інституту відповідальності у міжнародному праві [6; 1]. По-четверте, у практичному вимірі це означає потребу ретельного договірного драфтингу, який одночасно шанує автономію права ЄС і забезпечує арбітражну керованість спорів. І, по-п'яте, роль доктрини – від монографії Штегмана до спеціальних коментарів щодо статті 8.21 – полягає в тому, щоб перекласти складні ієрархічні конструкції на мову ясних процесуальних рішень, зрозумілих як для інвестора, так і для трибуналу [1; 7; 11].

Література

1. Stegmann P. T. Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements: Between Traditional Rules, Proceduralisation and Federalisation. Cham: Springer, 2019. 335 p. DOI: 10.1007/978-3-030-04366-7.
2. International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. 2001. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/English/commentaries/9_6_2001.pdf (дата звернення: 06.02.2023).
3. International Law Commission. Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries. 2011. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf (дата звернення: 06.02.2023).
4. Regulation (EU) No 912/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party. OJ L 257, 28.08.2014, p. 121-134. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/912/oj/eng (дата звернення: 06.02.2023).
5. Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union and its Member States. Article 8.21 Determination of the respondent for disputes with the European Union or its Member States. URL: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=eng (дата звернення: 06.02.2023).
6. Court of Justice of the European Union. Opinion 2/15 EU-Singapore Free Trade Agreement, 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376. URL: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=190727&doclang=en (дата звернення: 06.02.2023).
7. Benninghofen J. Article 8.21 Determination of the respondent for disputes with the European Union or its Member States. In: CETA Investment Law. 2022. p. 520-533. DOI: 10.5771/9783748902133-520.
8. Möldner M. Responsibility of International Organizations. Max Planck Yearbook of United Nations Law. 2012. Vol. 16. p. 161-214. URL: https://www.mpil.de/files/pdf4/mpunyb_06_Moeldner_161.pdf (дата звернення: 06.02.2023). mpil.de
9. European Commission. Communication COM(2010) 343 final of 7 July 2010: Towards a comprehensive European international investment policy. Brussels, 2010. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52010DC0343 (дата звернення: 06.02.2023). EUR-Lex
10. Basedow R. The European Union's New International Investment Policy. European Foreign Affairs Review. 2016. Vol. 21, No. 4. URL: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European%2BForeign%2BAffairs%2BReview/21.4/EERR2016040 (дата звернення: 06.02.2023).
11. Beaucillon C. Opinion 2/15: Sustainable Is the New Trade. Rethinking EU External Competences after Singapore. European Papers. 2017. Vol. 2, No. 3. URL: https://www.europeanpapers.eu/system/files/pdf_version/EP_eJ_2017_3_5_Overview_Charlotte_Beaucillon_00177.pdf (дата звернення: 06.02.2023).
12. Dimopoulos A. EU Foreign Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2011. 375 p. URL: https://academic.oup.com/book/7440 (дата звернення: 06.02.2023).

SUMMARY

This article argues that the institution of responsibility in public international law, as codified in the ILC's ARSIWA and DARIO, can operate coherently within the EU's investment treaty framework only if two planes are kept in view at once: an external, single point of responsibility vis-à-vis the investor, and an internal, fair allocation of the financial burden between the Union and its Member States [2; 3; 4]. Building on CETA Article 8.21's respondent-determination clause and the EU's financial-responsibility framework in Regulation No 912/2014, the paper explains how a procedural 'gateway' solves otherwise intractable problems of attribution and multiplicity without forcing arbitral tribunals to juggle two co-respondents by default [5; 7; 4]. In practical terms, DARIO's test for attributing conduct to an international organization is applied alongside ARSIWA's state-focused rules to avoid both responsibility gaps and artificial cumulation in mixed-competence fields [2; 3; 8]. Stegmann's analysis of the proceduralisation and incipient federalisation of EU external action provides the doctrinal architecture for this two-level design and its consequences for ISDS practice under EU agreements [1].

The argument is situated within the EU's constitutional setting: the Treaties function as a 'constitutional roof' that prevails over other international agreements in the Union's legal order, steering both treaty-making and treaty-application, while not excusing non-compliance externally under the law of international responsibility [6]. Opinion 2/15 clarifies the post-Lisbon division of competences, thereby indicating when the EU can be the sole treaty party and when mixed agreements require a respondent-selection mechanism to preserve procedural unity outwardly and legal certainty for investors [6; 5; 7]. The Commission's policy turn to a comprehensive investment policy after Lisbon supplies the policy rationale for embedding respondent clauses and coordination devices in new-generation agreements, with scholarship mapping the risks of ARSIWA–DARIO interference if such gateways are absent or poorly drafted [9; 10; 11]. In sum, by aligning treaty drafting with ARSIWA/DARIO logic and coupling an external single respondent with an internal settlement mechanism, the EU can reconcile investor predictability with constitutional integrity; doctrinal and institutional sources together chart a workable path for future agreements and dispute settlement design [

Keywords: institution of responsibility in public international law, European Union, investment agreements, attribution, multiple respondents, primacy of the founding Treaties, respondent determination, internal allocation of financial burden, post-Lisbon competences