

АЛЬТЕРНАТИВНІ МЕТОДИ ВИРІШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ В АГРОПРОМИСЛОВОМУ СЕКТОРІ

**ЛИСИК Володимир - кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка
ORCID: 0000-0003-2110-9825**

**ОЛЬШАНЕЦЬКА Софія - кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка
ORCID:0009-0002-5792-5525**

DOI: <https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2026.1.63>

Стаття присвячена системному аналізу юрисдикційної конкуренції між міжнародним інвестиційним арбітражем, галузевими приватними механізмами альтернативного вирішення спорів та регіональними механізмами ЄС у контексті агропромислового сектору, зокрема зернового і молочного секторів.

Автори обґрунтовують, що сучасна архітектура вирішення інвестиційних спорів в агроторгівлі характеризується паралельним існуванням щонайменше трьох автономних рівнів: міжнародного інвестиційного арбітражу (ICSID, UNCITRAL, трибунали за двосторонніми інвестиційними договорами), галузевих приватних систем (GAFTA, FOSEA) та регіональних механізмів ЄС. Досліджуються критерії розмежування комерційного та інвестиційного спору через тест Salini та його еволюцію в практиці ICSID; доктрина fork in the road у формалістичному (тест потрійної тождності) та прагматичному (тест фундаментальної основи позову, справа Pantechniki) варіантах; механізм umbrella clause у трьох конкуруючих школах тлумачення - обмежувальній (SGS v. Pakistan), умовно розширювальній (SGS v. Philippines) та радикально розширювальній (Noble Ventures v. Romania). Окремо аналізується роль стандартних умов GAFTA MPC-Conditions як договірного інструменту, що формує самостійний нормативний режим для спорів щодо продуктів переробки зерна і безпосередньо впливає на конфігурацію юрисдикційної конкуренції з інвестиційним арбітражем. На матеріалі справ Lauder та

SME проти Чеської Республіки демонструються структурні ризики паралельних проваджень і суперечливих рішень.

Окремо аналізується пост-Achtea трансформація інвестиційно-арбітражного ландшафту ЄС та її наслідки для внутрішньоевропейських інвесторів у молочному секторі. Наукова новизна полягає у виявленні структурної асиметрії між зерновим і молочним секторами щодо наявності галузевих арбітражних механізмів. За результатами дослідження автори формулюють практичні рекомендації щодо побудови багаторівневих арбітражних застережень, що включають юрисдикційне розмежування комерційних та інвестиційних вимог, договірну кодифікацію тесту Pantechniki та координаційний механізм паралельних проваджень.

Ключові слова: інвестиційний арбітраж, агропромисловий сектор, ICSID, GAFTA, FOSEA, MPC Conditions, молочний сектор ЄС, fork in the road, umbrella clause, юрисдикційна конкуренція, двосторонні інвестиційні договори, паралельні провадження, альтернативне вирішення спорів.

Проблема вирішення інвестиційних спорів у агропромисловому секторі набуває зростаючої актуальності, що зумовлюється кількома взаємопов'язаними чинниками. Міжнародні інвестиції в сільське господарство – включаючи придбання земельних ділянок, створення переробних підприємств, укладання довгострокових контр-

актів на постачання сировини – стабільно зростають протягом останніх двох десятиліть. За даними Міжнародного інституту сталого розвитку (IISD), станом ще на 2017 рік перед міжнародними інвестиційними трибуналами було порушено щонайменше двадцять шість спорів, безпосередньо пов'язаних із сільськогосподарськими інвестиціями [3]. Водночас агроторгівля традиційно спирається на розгалужену систему галузевих приватних арбітражних інституцій – насамперед Асоціацію торгівлі зерном і кормами (далі – GAFTA) та Федерацію олійних, насінневих і жирових асоціацій (далі – FOSFA), – які впродовж понад століття забезпечують розв'язання комерційних спорів між учасниками міжнародної торгівлі зерновими, олійними та іншими аграрними товарами. Ця множинність нормативних режимів створює ситуацію, яку ми вважаємо за доцільне позначити терміном «юрисдикційна конкуренція»: один і той самий іноземний інвестор може одночасно бути стороною комерційного контракту, що містить арбітражне застереження на користь галузевого трибуналу, та потенційним позивачем за двостороннім інвестиційним договором (далі – ДІД), який надає доступ до арбітражу Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів (далі – ICSID) або арбітражу за Арбітражним регламентом Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (далі – ЮНСІТРАЛ).

Мета цієї статті полягає у з'ясуванні правової природи юрисдикційної конкуренції між зазначеними рівнями вирішення спорів та у формулюванні рекомендацій щодо договірної врегулювання відповідних колізій. Предметом дослідження обрано молочний сектор Європейського Союзу (далі – ЄС) з огляду на те, що він є одним із найбільших за обсягом транскордонних операцій сегментів аграрного ринку ЄС, характеризується високим ступенем регуляторної інтервенції держав та водночас, як буде показано нижче, позбавлений спеціалізованого галузевого арбітражного механізму. Слід зазначити, що ані в українській, ані в англомовній доктрині проблема взаємодії інвестиційного арбітражу з галузевими приватними меха-

нізмами альтернативного вирішення спорів в аграрному секторі не ставала предметом системного аналізу: дослідники зосереджуються або на інвестиційному арбітражі *per se*, або на галузевому товарному арбітражі *per se*, залишаючи зону їхнього перетину доктринально непокритою. Ця прогалина є тим більш невиправданою, що аграрний сектор за своєю природою поєднує всі елементи, які зазвичай породжують юрисдикційні колізії: множинність регуляторних режимів, високу стандартизацію контрактних відносин, довгострокову залежність інвесторів від землі та інфраструктури приймаючої держави і тісне переплетіння комерційних та регуляторних ризиків.

Вихідним пунктом аналізу є питання кваліфікації агропромислової діяльності як «інвестиції» у значенні статті 25 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та фізичними або юридичними особами інших держав 1965 року (далі – Вашингтонська конвенція). Конвенція свідомо не містить визначення поняття «інвестиція», натомість арбітражна практика виробила так званий тест *Salini*, сформульований у рішенні трибуналу у справі *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001), який передбачає чотири кумулятивні критерії: внесок (*contribution*), тривалість (*duration*), ризик (*risk*) та внесок у економічний розвиток приймаючої держави (*contribution to the host State's economic development*) [11, р. 289–291]. Застосування цього тесту до аграрних операцій є далеко не безспірним. У справі *Joy Mining Machinery Ltd v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004) трибунал попередив, що визнання звичайного контракту на постачання обладнання інвестицією означало б, що будь-який контракт на закупівлю або постачання, стороною якого є державна установа, кваліфікувався б як інвестиція, що суперечило б *ratio legis* Конвенції [16, р. 128–130]. Це застереження є особливо релевантним для аграрного сектору, де значна частина транскордонних відносин оформлюється саме через контракти постачання, а не через класичні форми прямих іноземних інвести-

цій – акціонерну участь, концесії або спільні підприємства.

Разом з тим четвертий критерій тесту *Salini* – внесок у економічний розвиток – зазнав обґрунтованої критики у рішенні Комітету *ad hoc* у справі *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Annulment, 16 April 2009), де Комітет визнав, що перший трибунал помилково надав цьому критерію юрисдикційного значення, оскільки він є скоріше наслідком інвестиції, аніж її визначальною ознакою. Додатковим аргументом проти такого застосування тесту *Salini* слугує те, що значна кількість ДІД містить власне, зазвичай розширювальне, визначення «інвестиції» через відкритий перелік форм активів (*asset-based definition*), яке може охоплювати контрактні права, вимоги до грошових виплат та будь-яке інше майно, що використовується в господарській діяльності [10, р. 60–72]. Отже, кваліфікація тієї чи іншої аграрної операції як «інвестиції» залежить не лише від характеру самої операції, а й від формулювання відповідного ДІД, що робить кордон між комерційним контрактом та інвестицією рухомим і контекстуально обумовленим.

Практика останніх років підтверджує тенденцію до розширення поняття «інвестиція» в аграрному контексті. Справа *EcoDevelopment in Europe AB and EcoEnergy Africa AB v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/17/33, Award, 13 April 2022), пов'язана з проектом вирощування цукрової тростини на площі двадцять тисяч гектарів, стала першим відомим випадком порушення інвестиційного арбітражу у зв'язку з великомасштабним придбанням земель. У справі *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017) окрема думка арбітра Ф. Сандса ввела концепцію «соціальної ліцензії» на інвестиційну діяльність, пов'язану із зобов'язаннями за Конвенцією Міжнародної організації праці № 169, – доктринальний підхід, який, на нашу думку, поширюватиметься на спори щодо сільськогосподарських земель [15, р. 340–347]. Показовими є також справи за Главою 11 Північноамериканської угоди про віль-

ну торгівлю (далі – NAFTA) – *Archer Daniels Midland & Tate & Lyle v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award, 21 November 2007), *Corn Products International v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Award, 15 January 2008) та *Cargill, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009), – де трибунали визнали юрисдикцію щодо інвестицій агропромислових корпорацій, яких зачепив мексиканський акцизний податок на напої з високофруктозним кукурудзяним сиропом. Справа *Cargill* є особливо показовою: трибунал визнав допустимими «висхідні» збитки (*upstream damages*), що охоплювали втрати виробництва на території США, обґрунтовуючи це тим, що торгівля та інвестиції не є жорстко розділеними категоріями за NAFTA.

Принциповим для нашого дослідження є рішення про анулювання у справі *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002), яке сформулювало позицію, що визначає всю подальшу доктрину розмежування комерційних та інвестиційних вимог: держава може порушити міжнародний договір, не порушуючи при цьому контракт, і навпаки [8, р. 353–355]. Ця дихотомія є не лише юрисдикційним принципом, а й відображенням фундаментальної відмінності між нормативними джерелами зобов'язань: контрактне зобов'язання виникає з волевиявлення сторін і підпорядковане обраному ними праву, тоді як зобов'язання за ДІД є міжнародно-правовим зобов'язанням держави, що виникає з міжнародного договору і підпорядковане міжнародному праву [8, р. 358–362]. Практичним наслідком цього розмежування є те, що контрактне застереження про вибір суду не позбавляє інвестиційний трибунал юрисдикції за ДІД, якщо підставою позову (*fundamental basis of the claim*) є порушення стандартів захисту за ДІД, а не порушення контракту як такого. У контексті аграрних інвестицій це означає, що інвестор, який уклав контракт на постачання молочної продукції з арбітражним застереженням на користь Міжнародної торгової палати (далі – ICC), зберігає можливість звернутися до арбітражу за ДІД, якщо він

зможе довести, що дії держави – регуляторне втручання, примусова зміна цін, скасування ліцензії, фітосанітарні обмеження дискримінаційного характеру – становлять порушення стандартів справедливого та рівноправного поводження (*fair and equitable treatment*), національного режиму (*national treatment*) або непрямой експропріації. Водночас необхідно підкреслити, що практичне розмежування між діями держави як суверена (*acta jure imperii*) та діями держави як комерційного контрагента (*acta jure gestionis*) в аграрному секторі є особливо складним, оскільки європейські держави через механізми Спільної аграрної політики ЄС одночасно виступають регулятором ринку (встановлення квот, ціново-інтервенційних механізмів, санітарних стандартів) та учасником ринкових відносин (через державні інтервенційні закупівлі, субсидування, функціонування державних торговельних підприємств). Ця інституційна двоякість має конкретний практичний вимір: якщо державне підприємство-закупівельник молока відмовляється від виконання контракту, посилаючись на рішення регуляторного органу про зміну стандартів якості, інвестор стикається з питанням, чи є ця відмова комерційним порушенням контракту (що підлягає юрисдикції контрактного арбітражу) чи проявом суверенної влади держави (що може становити порушення ДІД). Зазначена подвійність ролі держави у молочному секторі ЄС є, на нашу думку, одним із найменш досліджених чинників юрисдикційної конкуренції.

Переходячи до аналізу галузевих приватних арбітражних систем як другого рівня досліджуваної архітектури, слід зазначити, що GAFTA, заснована в Лондоні у 1878 році, щорічно адмініструє від трьохсот до тисячі арбітражних проваджень. За оцінками фахівців, приблизно вісімдесят відсотків світової торгівлі зерновими здійснюється на підставі стандартних контрактів GAFTA, зокрема GAFTA 48 та 49 для поставок з Центральної та Східної Європи, GAFTA 78 для залізничних та автомобільних перевезень, GAFTA 100 для умов CIF [6]. Арбітражні правила GAFTA 125 встановлюють дворівневу систему: арбітраж першої інстанції пе-

ред трьома арбітрами та автоматичне апеляційне провадження *de novo* перед п'ятьма арбітрами Апеляційної ради. Принципова особливість цього режиму, яка відрізняє його від усіх інших форм міжнародного арбітражу, полягає у тому, що арбітрами можуть бути лише члени торговельних організацій з десятирічним досвідом у торгівлі зерновими, тоді як практикуючі юристи не мають права виступати арбітрами, а юридичне представництво на усних слуханнях потребує двосторонньої згоди сторін відповідно до Правила 16. У доктрині зазначається, що GAFTA та FOSFA залишаються останнім форумом торговельного арбітражу, де рішення приймаються на підставі галузевої експертизи, а не юридичної аргументації FOSFA діє за аналогічною моделлю, охоплюючи приблизно вісімдесят п'ять відсотків світової торгівлі олійними, насінням та жирами, із застереженням типу *Scott v Avery*, що включає звернення до судів до завершення арбітражного провадження [4, р. 287–289]. Обидва режими підпорядковані англійському праву з місцем арбітражу в Лондоні, забезпечують виконання рішень через Нью-Йоркську конвенцію 1958 року та передбачають репутаційні санкції (включення до Списку дефолтерів). Наглядова юрисдикція англійських судів за Законом про арбітраж 1996 року (*Arbitration Act 1996*) залишається мінімалістичною: Верховний суд Сполученого Королівства у рішенні *Sharp Corp Ltd v Viterro BV* [2024] UKSC 14 підтвердив, що суд не має юрисдикції переглядати встановлення фактів арбітражним трибуналом за секцією 69, а може лише перевіряти правильність застосування права до встановлених фактів, причому успішні апеляції у сфері товарного арбітражу залишаються рідкісними, що підтверджує фактичну остаточність рішень GAFTA та FOSFA.

Центральним емпіричним спостереженням цього дослідження є відсутність аналогічного спеціалізованого арбітражного механізму в молочному секторі. Ні Міжнародна молочна федерація (далі – IDF), ні Європейська молочна асоціація (далі – EDA) не адмініструють систему галузевого арбітражу та не випускають стандартних контрактних форм із арбітражними засте-

реженнями. IDF є організацією з технічної стандартизації, чії шістдесят спільних стандартів IDF/ISO, інкорпорованих у стандарт *Codex CXS 234*, слугують виключно доказовими орієнтирами – вони визначають методи аналізу та якісні параметри молочної продукції, проте не створюють жодних процесуальних механізмів вирішення спорів. EDA є структурою на рівні ЄС, що представляє інтереси європейської молочної промисловості, але не виробляє нормативних документів арбітражного характеру. Ця інституційна прогалина означає, що транскордонні комерційні спори у молочному секторі за замовчуванням підпадають під юрисдикцію загальних арбітражних інституцій – ICC, Лондонського міжнародного арбітражного суду (далі – LCIA) або національних арбітражних установ. На нашу думку, ця структурна асиметрія між зерновим і молочним секторами має принципове значення для розуміння юрисдикційної конкуренції: у молочному секторі іноземний інвестор обирає не між спеціалізованим галузевим трибуналом, що послуговується галузевою експертизою та процесом без обов'язкового юридичного представництва, і трибуналом за ДІД, а між загальним комерційним арбітражем та інвестиційним арбітражем – де обидва форуми залучають професійних юристів-арбітрів та застосовують порівнянні процесуальні стандарти. Більше того, жоден із цих режимів не передбачає вбудованого механізму апеляції *de novo*, як це робить GAFTA, оскільки комерційний арбітраж ICC є одноінстанційним, а інвестиційний арбітраж за ICSID передбачає лише анулювання (*annulment*) за вичерпним переліком підстав статті 52 Вашингтонської конвенції. Слід зазначити, що на момент написання цієї статті нам не вдалося ідентифікувати жодного публічно відомого інвестиційного арбітражного провадження, предметом якого була б саме інвестиція в молочний сектор ЄС; наш аналіз має, відповідно, превентивний характер і спрямований на виявлення юрисдикційних ризиків до їхньої матеріалізації у конкретному спорі, що, на наш погляд, підсилює практичну значимість запропонованих рекомендацій.

Окремого розгляду потребує третій рівень досліджуваної архітектури – регіональні механізми ЄС, які набули принципово нової конфігурації після 2018 року. Регулювання договірних відносин у молочному секторі ЄС здійснюється передусім на підставі Регламенту (ЄС) № 1308/2013 про спільну організацію ринків сільськогосподарської продукції (далі – Регламент COP). Стаття 148 цього Регламенту запровадила можливість (за активацією державами-членами) обов'язкових письмових контрактів на постачання сирого молока з визначенням мінімальних суттєвих умов; статті 149–150 уповноважують визнані організації виробників на колективні переговори щодо умов контрактів, що є винятком із загальних правил конкурентного права ЄС; стаття 222 дозволяє тимчасові сільськогосподарські виключення зі статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС) у період серйозної ринкової нестабільності. Так званий «Молочний пакет» (Регламент (ЄС) № 261/2012), згодом кодифікований у Регламенті COP та доповнений Регламентами 2017/2393 і 2021/2117, був спеціально розроблений як відповідь на кризу молочних квот 2009 року. Емпіричні дослідження підтверджують, що ці інструменти сприяли поліпшенню торговельних практик у ланцюгах постачання, хоча деякі автори фіксують парадоксальний ефект: членство в організаціях виробників може знижувати індивідуальну переговорну активність фермерів, оскільки колективні угоди заміщують індивідуальні переговори [9, р. 121–137]. Ця «зарегульованість» молочного сектору ЄС – обов'язкові контракти, колективні переговори організацій виробників, заборона несправедливих торговельних практик за Директивою (ЄС) 2019/633 та і т.д.- створює додатковий нормативний шар, який може як обмежувати, так і розширювати підстави для інвестиційних вимог.

Таким чином, інвестиційно-арбітражний вимір європейського регулювання зазнав радикальної трансформації внаслідок серії рішень Суду ЄС. У справі *Slovak Republic v. Achmea BV* (Case C-284/16, 6 March 2018) Суд визнав, що арбітражне застереження у статті 8 ДІД між Нідерландами та Словач-

чиною є несумісним із правом ЄС, оскільки арбітражний трибунал може тлумачити або застосовувати право ЄС, не маючи можливості звернутися з преюдиціальним запитом за статтею 267 ДФЄС, що загрожує автономії правопорядку Союзу. У справі *Republic of Moldova v. Komstroy LLC* (Case C-741/19, 2 September 2021) це обґрунтування було поширене – через *obiter dictum*, що критикувалося у доктрині як юрисдикційно сумнівне – на статтю 26 Договору до Енергетичної хартії у контексті внутрішньоєвропейських спорів. У справі *Poland v. PL Holdings* (Case C-109/20, 26 October 2021) Суд визнав, що навіть *ad hoc* арбітражна угода, укладена після виникнення спору, є недійсною, якщо вона «дзеркально відтворює» несумісне з правом ЄС арбітражне застереження ДІД [7, р. 374–400]. Логічним завершенням цього процесу стала Угода про припинення двосторонніх інвестиційних договорів між державами-членами ЄС від 5 травня 2020 року, яка поклала край дії внутрішньоєвропейських ДІД між двадцятьма трьома державами-членами [19, р. 445–485]. Вважаємо за необхідне зазначити, що ретроактивний ефект цієї Угоди щодо вже порушених арбітражних проваджень та *sunset clauses* породжує серйозні питання з точки зору захисту фундаментальних прав інвесторів за Європейською конвенцією з прав людини та Хартією основних прав ЄС [2, р. 197–224]. Практичним наслідком цієї еволюції є те, що внутрішньоєвропейський інвестиційний арбітраж у молочному секторі фактично перестав існувати як правовий інструмент: інвестор з держави-члена ЄС, чий права порушені іншою державою-членом, змушений звертатися до національних судів (з можливістю преюдиціального запиту до Суду ЄС) або використовувати комерційний арбітраж виключно для договірних вимог. Натомість інвестор із третьої держави зберігає потенційний доступ до інвестиційного арбітражу за чинним ДІД, що створює фундаментальну асиметрію захисту залежно від національності інвестора. Для ілюстрації цієї асиметрії розглянемо гіпотетичну ситуацію: нідерландська молочна компанія, що інвестувала у переробний завод у Польщі, та швейцарська компанія, що здійснила аналогічну інвестицію. Якщо

Польща запровадить дискримінаційні регуляторні заходи, нідерландська компанія зможе захищати свої права лише через польські суди (з потенційним преюдиціальним запитом до Суду ЄС щодо тлумачення свободи заснування за статтею 49 ДФЄС або свободи руху капіталу за статтею 63 ДФЄС), тоді як швейцарська компанія зможе скористатися арбітражним застереженням ДІД між Швейцарією та Польщею для звернення до ICSID. Зазначена асиметрія ілюструє, як пост-*Achmea* трансформація перетворює трирівневу модель юрисдикційної конкуренції для внутрішньоєвропейських інвесторів на фактично дворівневу: комерційний арбітраж та національні суди з преюдиціальним запитом. Для інвестора з третьої держави, навпаки, повна трирівнева архітектура зберігається.

У цьому контексті набуває практичного значення доктрина *fork in the road* – застереження, що міститься у багатьох ДІД і зобов'язує інвестора обрати лише один з доступних форумів вирішення спору, причому здійснений вибір є остаточним та незворотним. Арбітражна практика виробила два конкуруючі підходи до тлумачення цього застереження. Формалістичний підхід, заснований на тесті «потрійної тотожності» (*triple identity test* – тотожність сторін, підстави та предмета позову), застосовувався у справах *CMS v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8), *Enron v. Argentina* (ARB/01/3), *Azurix v. Argentina* (ARB/01/12) та низці інших. На практиці цей тест майже неможливо задовольнити: інвестор зазвичай звертається до національних судів або галузевого арбітражу через місцеву дочірню компанію, тоді як договірні вимоги за ДІД засновані на іншій правовій підставі та можуть пред'являтися іншим суб'єктом – материнською компанією як «інвестором» за ДІД. Альтернативний, прагматичний підхід був сформульований арбітром Я. Поульссоном у справі *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009), де трибунал замінив тест потрійної тотожності на тест «фундаментальної основи позову»: якщо інвестор раніше переслідував правовий засіб захисту на підставі тих самих фактів у іншому форумі, подаль-

ше звернення до інвестиційного арбітражу блокується – незалежно від формальної відмінності сторін чи правової підстави [18, р. 391–460]. Вважаємо, що підхід *Pantechniki* є доктринально більш обґрунтованим, оскільки він відповідає телеологічному тлумаченню *fork-in-the-road* застережень (запобігання зловживанню множинними процедурами) та кореспондує із загальними принципами процесуальної добросовісності. Для агропромислового інвестора, який вже ініціював арбітраж ГАФТА щодо порушення умов постачання, а згодом бажає порушити спір за ДІД щодо тих самих дій держави – наприклад, експортних обмежень, зміни фітосанітарних стандартів або примусового перегляду цін, – вибір між цими двома тестами має вирішальне значення: формалістичний підхід дозволить подвійне провадження, тоді як прагматичний – його заблокує.

Цей доктринальний розкол набуває особливої гостроти у молочному секторі, де, як було зазначено, відсутність спеціалізованого галузевого арбітражу означає, що першим форумом звернення буде загальний комерційний арбітраж (ICC або LCIA), рішення якого – за формалістичним підходом – не перешкоджатиме подальшому інвестиційному арбітражу, оскільки сторони, правова підстава та предмет позову формально відрізнятимуться. Проте за прагматичним підходом *Pantechniki* подання до ICC вимоги про відшкодування збитків, спричинених тими самими фактичними діями держави, які становлять підставу й для вимоги за ДІД, може бути визнано обранням шляху що виключає подальший інвестиційний арбітраж.

Не менш важливим є питання *umbrella clause* (застереження про дотримання зобов'язань), яке додає ще один вимір юрисдикційної конкуренції. Ці застереження, що містяться приблизно у сорока відсотках чинних ДІД у формулюванні типу «кожна Договірна Сторона зобов'язується дотримуватися будь-яких зобов'язань, які вона взяла на себе щодо інвестицій інвесторів іншої Договірної Сторони», потенційно трансформують порушення комерційного контракту на порушення міжнародного інвестиційного договору [20, р. 183–185]. За своїм первісним задумом *umbrella clause*

мала слугувати механізмом «інтернаціоналізації» контрактних зобов'язань держави – перетворюючи їх з внутрішньодержавних зобов'язань, вразливих до односторонньої зміни приймаючою державою, на міжнародно-правові зобов'язання, захищені інвестиційним арбітражем [20, р. 195–200]. Проте арбітражна практика демонструє глибокий, досі не подоланий розкол щодо обсягу дії *umbrella clause*, який, як видається, цілком можна систематизувати як три «школи» тлумачення. Обмежувальна школа, представлена рішенням у справі *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003), обмежує дію *umbrella clause* суверенними актами держави, виключаючи звичайні комерційні правочини; аналогічний підхід розвинув трибунал у справі *El Paso v. Argentina* (ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006), який сформулював дихотомію «суверен/торговець» (*sovereign/merchant distinction*). Умовно розширювальна школа, представлена рішенням у справі *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004), визнала, що *umbrella clause* перетворює контрактні зобов'язання на зобов'язання за ДІД, хоча водночас зберегла юрисдикцію контрактного форуму через механізм прийнятності (*admissibility*), а не юрисдикції [1, р. 555–577]. Радикально розширювальна школа, представлена рішенням у справі *Noble Ventures, Inc. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005), визнала, що *umbrella clause* безпосередньо перетворює зобов'язання за внутрішнім правом на міжнародно-правові зобов'язання [17, р. 249–253]. Для аграрного інвестора ця тріада має конкретні наслідки: якщо ДІД між державою інвестора та приймаючою державою містить *umbrella clause*, а трибунал дотримується розширювального підходу, порушення контракту на постачання молочної продукції державним підприємством-зakupівельником – відмова від оплати, одностороння зміна ціни або відмова від прийняття товару – може бути кваліфіковано як порушення ДІД, що відкриває шлях до інвестиційного арбітражу навіть за наявності

ті контрактного арбітражного застереження на користь ICC або LCIA.

Ризики паралельних проваджень та суперечливих рішень наочно продемонстровані у часто цитованих справах *Lauder v. Czech Republic* та *CME v. Czech Republic*. У справі *Lauder v. Czech Republic* (UNCITRAL, London seat, US-Czech BIT, Final Award, 3 September 2001) трибунал визнав лише незначне порушення ДІД та відмовив у відшкодуванні збитків через відсутність причинного зв'язку. Разом з тим, трибунал у справі *CME v. Czech Republic* (UNCITRAL, Stockholm seat, Netherlands-Czech BIT, Partial Award, 13 September 2001; Final Award, 14 March 2003) – на підставі практично ідентичних фактів, що стосувалися одних і тих самих дій чеських органів – визнав порушення стандартів справедливого та рівноправного поводження, повного захисту та безпеки, а також непрямої експропріації та присудив відшкодування у розмірі приблизно двохсот сімдесяти мільйонів доларів США [14, р. 216–218]. Обидва трибунали відхилили заперечення на підставі *lis pendens* та *res judicata*, застосувавши тест потрійної тотожності: Р. Лаудер виступав як фізична особа за ДІД між Сполученими Штатами та Чехією, тоді як СМЕ – як нідерландська юридична особа за ДІД між Нідерландами та Чехією. Апеляційний суд підтвердив стокгольмське рішення 15 травня 2003 року. Ці справи є прикладом структурних дефектів юрисдикційної конкуренції та безпосередньо мотивували розроблення вимог щодо відмови від паралельних проваджень (*waiver requirements*) у сучасних інвестиційних договорах, зокрема у статті 1121 NAFTA та статті 14.D.5 Угоди між Сполученими Штатами, Мексикою та Канадою (USMCA).

З наведеного аналізу випливає необхідність дослідити також інституційні реформи, що розгортаються на рівні ЮНСІТРАЛ та ICSID. Робоча група III ЮНСІТРАЛ, створена у 2017 році для реформування механізму вирішення спорів «інвестор – держава», досягла конкретних результатів: прийнято Кодекс поведінки арбітрів та Кодекс поведінки суддів (обидва ухвалені у 2023 році на 56-й сесії Комісії спільно з ICSID; Кодекс суддів – в принципі, до створення Постій-

ного механізму), Статут Консультативного центру з міжнародних інвестиційних спорів. Проте найбільш принципові питання – проект Статуту Постійного механізму та проект Статуту Постійного апеляційного трибуналу – залишаються невирішеними на тлі стійких розбіжностей: ЄС та Канада підтримують Багатосторонній інвестиційний суд з апеляційною інстанцією, тоді як США, Японія та низка інших держав чинять спротив системним реформам [13, р. 314–338]. Оновлені Арбітражні правила ICSID 2022 року запровадили обов'язкове розкриття фінансування третьою стороною (Правило 14), презумпцію публікації рішень за відсутності заперечень (Правила 62, 63), самостійні Правила медіації, розширені процедури прискороного розгляду та удосконалений механізм *summary dismissal* [12]. Пропозиція ЄС щодо Системи інвестиційних судів (*Investment Court System*), імплементована у Всеохоплюючій економічній і торговельній угоді між ЄС та Канадою (СЕТА) та визнана сумісною з правом ЄС Висновком Суду ЄС 1/17 (2019), та пропозиція щодо Багатостороннього інвестиційного суду (*Multilateral Investment Court*) створюють додатковий потенційний рівень вирішення спорів, який, у разі інституціоналізації, принципово змінить архітектуру юрисдикційної конкуренції [5]. Проте на момент написання цієї статті ці механізми залишаються на стадії розроблення.

Підсумовуючи все вищесказане, можна зробити такі висновки. По-перше, агропромисловий сектор характеризується унікальною множинністю конкуруючих юрисдикційних механізмів вирішення інвестиційних спорів, причому наявність та конфігурація цих рівнів суттєво різняться залежно від конкретного аграрного підсектору – і ця диференціація досі не отримала належного доктринального осмислення. По-друге, молочний сектор ЄС демонструє структурну асиметрію порівняно із зерновим та олійним секторами: відсутність спеціалізованого галузевого арбітражного механізму (аналога GAFTA/FOSEFA) означає, що юрисдикційна конкуренція набуває іншої форми – між загальним комерційним арбітражем та інвестиційним арбітражем,

– що суттєво змінює стратегію та перспективи захисту прав інвестора. По-третє, доктринальний інструментарій для розмежування комерційних та інвестиційних вимог – тест *Salini*, доктрина *fork in the road* у формалістичному та прагматичному варіантах, *umbrella clause* у трьох «школах» тлумачення – характеризується системною фрагментацією, що створює значну правову невизначеність; справи *Lauder/CME* демонструють, що два трибунали здатні дійти діаметрально протилежних висновків на підставі ідентичних фактів. По-четверте, пост-*Achmea* юриспруденція Суду ЄС фактично ліквідувала інвестиційний арбітраж як інструмент захисту прав внутрішньоєвропейських інвесторів у молочному секторі, створивши асиметрію захисту залежно від національності інвестора. По-п'яте, вдоцільно при укладанні інвестиційних контрактів у молочному секторі передбачати комплексні багаторівневі арбітражні застереження (*multi-tier dispute resolution clauses*), що включають три елементи: (а) чітке визначення юрисдикційної компетенції комерційного арбітражу через вичерпний перелік підстав позову, що виключає можливість «піднесення» контрактних вимог на рівень ДІД через *umbrella clause*; (б) контрактний *fork-in-the-road* механізм, який зобов'язує сторону, що ініціює арбітраж за ДІД, відмовитися від переслідування контрактних вимог, заснованих на тих самих фактах, – тобто договірну кодифікацію тесту *Pantechniki*; (в) координаційне застереження, яке передбачає обов'язкове повідомлення іншої сторони про ініціювання будь-якого паралельного провадження та право клопотати про зупинення провадження перед одним із трибуналів до завершення іншого. Такі механізми не усувають юрисдикційну конкуренцію як структурну проблему міжнародного інвестиційного права, проте дозволяють суттєво зменшити ризики суперечливих рішень.

Література

1. Alexandrov S. A. Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*. *Journal of World Investment & Trade*. 2004. Vol. 5. No. 4. P. 555–577.
2. Bermann G. A. The agreement terminating intra-EU BITs: are its provisions on 'New' and 'Pending' Arbitration Proceedings compatible with investors' fundamental rights? *Arbitration International*. 2021. Vol. 37. No. 1. P. 197–224.
3. Bernasconi-Osterwalder N., Smaller C. Farmland Investments Are Finding Their Way to International Arbitration. *IISD Investment Treaty News*. 20 September 2017. URL: <https://www.iisd.org/articles/insight/farmland-investments-are-finding-their-way-international-arbitration>
4. Born G. B. *International Commercial Arbitration*. 3rd ed. 3 vols. Kluwer Law International, 2021.
5. Bungenberg M., Reinisch A. *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court*. 2nd ed. Springer, 2020.
6. Chernykh Y. The Last Citadel: The Restricted Role of Lawyers in Soft Commodity Arbitration. SSRN Working Paper. 2017. SSRN: 3147872.
7. Georgaki K. Conflict Resolution between EU Law and Bilateral Investment Treaties of the EU Member States in the Aftermath of *Achmea*. *Yearbook of European Law*. 2022. Vol. 41. P. 374–400.
8. Crawford J. Treaty and Contract in Investment Arbitration. *Arbitration International*. 2008. Vol. 24. No. 3. P. 351–374.
9. Di Marcantonio F., Ciaian P., Fertó I. Do producer organizations improve trading practices and negotiation power for dairy farms? Evidence from selected EU countries. *Agricultural Economics*. 2022. Vol. 53. No. S1. P. 121–137.
10. Dolzer R., Schreuer C. *Principles of International Investment Law*. 2nd ed. Oxford University Press, 2012.
11. Grabowski A. The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of *Salini*. *Chicago Journal of International Law*. 2014. Vol. 15. No. 1. P. 287–309.
12. Happ R., Wilske S. (eds.). *ICSID Rules and Regulations 2022: Article-by-Article Commentary*. Beck/Hart, 2023.
13. Langford M., Behn D., Usynin M. Discourses of ISDS reform: a comparison of

UNCITRAL Working Group III and ICSID processes. *Journal of International Economic Law*. 2024. Vol. 27. No. 2. P. 314–338.

14. McLachlan C. *Lis Pendens in International Litigation*. Hague Academy of International Law / Brill, 2009.

15. Paine J. Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru. *ICSID Review*. 2018. Vol. 33. No. 2. P. 340–347.

16. Schreuer C. H. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2nd ed. Cambridge University Press, 2009.

17. Schreuer C. Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road. *Journal of World Investment & Trade*. 2004. Vol. 5. No. 2. P. 231–256.

18. Tanzi A. M. The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches. *Washington University Global Studies Law Review*. 2019. Vol. 18. No. 2. P. 391–460.

19. Tropper J., Reinisch A. The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU – A Public International Law Analysis. *Journal of World Investment & Trade*. 2022. Vol. 23. No. 3. P. 445–485.

20. Wälde T. W. The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases. *Journal of World Investment & Trade*. 2005. Vol. 6. No. 2. P. 183–236.

Lysyk V., Olshanetska S.

**ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION FOR INVESTMENT
DISPUTES IN THE AGRO-INDUSTRIAL
SECTOR**

This article offers a systematic analysis of jurisdictional competition between international investment arbitration, sector-specific private alternative dispute resolution mechanisms, and EU regional mechanisms in the context of the agro-industrial sector, with particular focus on the grain and dairy sectors.

The authors argue that the contemporary architecture of investment dispute resolution in

agricultural trade is characterised by the parallel existence of at least three autonomous tiers: international investment arbitration (ICSID, UNCITRAL, and BIT-based tribunals), sector-specific private systems (GAFTA, FOSFA), and EU regional mechanisms. The article examines the criteria for distinguishing commercial from investment disputes through the *Salini* test and its evolution in ICSID practice; the *fork-in-the-road* doctrine in both its formalistic (triple identity test) and pragmatic (fundamental basis of the claim test, *Pantehniki*) variants; and the *umbrella clause* mechanism across three competing schools of interpretation — the restrictive (*SGS v. Pakistan*), conditionally expansive (*SGS v. Philippines*), and radically expansive (*Noble Ventures v. Romania*) approaches. Separate consideration is given to the role of the GAFTA MPC-Conditions as a contractual instrument establishing an autonomous normative regime for disputes concerning grain-processing products and directly shaping the configuration of jurisdictional competition with investment arbitration. The structural risks of parallel proceedings and contradictory awards are illustrated by reference to *Lauder* and *CME v. Czech Republic*.

The post-*Achmea* transformation of the EU investment arbitration landscape and its consequences for intra-EU investors in the dairy sector are analysed separately. The scholarly novelty of the article lies in identifying the structural asymmetry between the grain and dairy sectors with regard to the availability of sector-specific arbitral mechanisms. On the basis of the research conducted, the authors formulate practical recommendations for drafting multi-tier dispute resolution clauses, encompassing jurisdictional delimitation of commercial and investment claims, contractual codification of the *Pantehniki* test, and a coordination mechanism for parallel proceedings.

Keywords: investment arbitration, agro-industrial sector, ICSID, GAFTA, FOSFA, MPC Conditions, EU dairy sector, fork in the road, umbrella clause, jurisdictional competition, bilateral investment treaties, parallel proceedings, alternative dispute resolution.