

МІЖНАРОДНІ ЗАСОБИ ЗАХИСТУ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ

У статті розглянуто міжнародні засоби захисту іноземних інвестицій. Проведено аналіз принципу міжнародного мінімального стандарту, а також огляд міжнародних судів, які компетентні розглядати інвестиційні спори.

Ключові слова: *інвестиційна суперечка, міжнародний арбітраж, інститут суброгування, міжнародний мінімальний стандарт.*

Постановка проблеми. Основною проблемою в міжнародному інвестиційному праві є забезпечення правового захисту іноземних інвестицій. Здійснюючи інвестиційну діяльність у країнах, що розвиваються, та країнах перехідної економіки із властивою їм політичною й економічною нестабільністю, інвестор ризикує тим, що у разі зміни політичної ситуації його капітали можуть зазнавати певних обмежень, а то і заходів примусового вилучення його власності. Іншими словами, існує реальна небезпека, що іноземні інвестиції можуть бути націоналізовані, реквізовані без виплати компенсації своєчасно і в повному обсязі, як того вимагають міжнародні правові норми.

Виклад основного матеріалу. Беручи на себе гарантії перед інвестором, держава зобов'язується не здійснювати стосовно його власності певні дії (не перешкоджати репатріації капіталу, не вилучати інвестиції, які можуть бути знищені під час війни або цивільних безладів і т. ін.). Але попри те що правові гарантії іноземних інвестицій закріплені законодавчо, держава-реципієнт на практиці не завжди може забезпечити точне і неухильне дотримання цих гарантій зважаючи на політичну нестабільність, властиву країнам, що розвиваються, і країнам так званої перехідної економіки [2]. Зрозуміло, що Україна в цьому відношенні також не є винятком.

Одним з основних правових інструментів удосконалення правового захисту іноземних інвестицій є міжнародно-правова практика, яка передбачає міжнародні двосторонні договори про взаємне заохочення і захист іноземних інвестицій, так звані двосторонні інвестиційні угоди [4]. Роль міжнародних інвестиційних угод, особливо двосторонніх, полягає в гарантуванні стабільності режиму для іноземних інвесторів, наданні їм відповідних стимулів, взаємоув'язці інтересів як іноземних вкладників капіталу, так і країн, де здійснюються інвестиції. Указані договори у сфері іноземних інвестицій призначені для забезпечення міжнародно-правового захисту, в першу чергу від некомерційних ризиків. Встановлення зрозумілих, доступних та здійснюваних правил, які покращують інвестиційний клімат і тим самим зміцнюють довіру між державами, виступає свого роду стимулятором іноземних інвестицій.

Ще один важливий інструмент у захисті іноземних інвестицій – застосування принципу міжнародного мінімального стандарту, який формувався під впливом концепції відповідальності держави за спричинення шкоди іноземним громадянам та їх власності.

Міжнародний мінімальний стандарт цивілізованості застосовується при регулюванні правового режиму іноземних інвестицій і статусу іноземних громадян, обслуговуючих їх функціонування. Це стало необхідно для захисту прав людини і прав власності, а також для нормального здійснення кримінального і цивільного судочинства. Цей міжнародний стандарт важко чітко визначити, оскільки він не знайшов свого юридичного письмового закріплення в жодному чинному міжнародно-правовому документі. Деякі спроби в цьому напрямі були зроблені у рамках кодифікаційної конференції Ліги Націй у 1930 р. у контексті регулювання відповідальності держави. Попри те що вони не закінчилися вдало, все ж можна узагальнити деякі принципи, що характеризують відповідний правовий режим.

1. Повага законів держави, що приймає інвестиції – іноземний інвестор повинен дотримуватися законів і не порушувати звичаї держави, де він перебуває з метою інвестування. Надання іноземним інвесторам режиму міжнародного мінімального стандарту – держава, яка надає інвестиції, має право чекати від держави, яка отримує інвестиції, що їй буде наданий режим не нижче міжнародного мінімального стандарту.

2. Націоналізація – попри те що кожна держава має суверенне право націоналізувати іноземну приватну власність, яка знаходиться на його території, цим правом держава може скористатися тільки за наявності певних обставин, передбачених нормами міжнародного права.

3. Законність – при вжитті заходів, що зачіпають права й інтереси нерезидентів, держава, що приймає іноземні інвестиції, зобов'язана керуватися тільки законом і застосовувати ці заходи тільки відповідно до встановленої законом процедури, що надає можливість нерезиденту оскаржити незаконні дії державних органів влади.

4. Використання місцевих засобів правового захисту – у разі виникнення суперечки між іноземним інвестором і владою держави, що приймає інвестиції, така суперечка має бути розглянута у відповідному суді держави, що приймає інвестиції.

В останні десятиліття іноземні інвестори, а також національні підприємці, зацікавлені в залученні іноземного капіталу, намагаються створити систему додаткових гарантій, що захищають інвесторів від некомерційних (політичних) ризиків, які випливають із нестабільної політичної обстановки, а також пов'язаних із репресивними заходами органів держави. Одним із елементів такої системи додаткових гарантій передбачається система страхування некомерційних ризиків. У багатьох країнах страхування некомерційних ризиків здійснюють різні організації, які можна поділити на такі групи: а) приватні (недержавні) організації; б) державні організації, що здійснюють страхування некомерційних ризиків національних підприємців, що виступають у ролі іноземних інвесторів за кордоном; в) міждержавні регіональні організації, що здійснюють страхування некомерційних ризиків на регіональному рівні [1].

У цих умовах важливого значення набуває інститут суброгування, що діє в системі міжнародного інвестиційного права. Застосування цього традиційного інститу-

ту страхування інвестицій від некомерційних ризиків ускладнене тим, що відповідачем на вимогу страховика, заявленого в порядку суброгування, є суверенна держава, що має судовий імунітет, що робить дуже проблематичним для приватної страхової компанії можливість компенсувати свої витрати з виплати страхового відшкодування шляхом стягнення з держави, що приймає інвестиції, суми страхового відшкодування в порядку суброгування.

У більшості випадків страхування інвестицій від політичних ризиків покладалося на державні організації, зайняті страхуванням експортних кредитів. Так, за англійським законом 1972 р. про інвестиції за кордоном експортних гарантій (Overseas Investment & Export Guarantees Act) функції страховика від політичних ризиків були покладені на Департамент гарантій експортних кредитів (Export Credit Guarantees Department). Тим же шляхом пішли Японія, Канада й інші країни [3]. Нині більшість страховиків страхують як інвестиції, так і експортні кредити. Виключенням, окрім Корпорації приватних зарубіжних інвестицій, складає Данія, де Датське агентство міжнародного розвитку було засноване виключно для страхування інвестицій. За винятком Бельгії національні агентства зі страхування інвестицій від політичних ризиків не пропонують додаткового страхування від ризиків неполітичного характеру (наприклад, страхування від стихійних лих, доступне бельгійським інвесторам), щоб не конкурувати з приватними страховиками.

Основним і неминучим недоліком державного страхування інвестицій є його національна обмеженість – національні агентства страхують тільки «своїх» інвесторів, не приділяючи достатньої уваги інвестиціям, спільно здійснюваним інвесторами, що мають різну державну приналежність. Ідеться про інвестиції, які здійснюються у рамках міжнародного консорціуму (об'єднання осіб, які не наділені правами юридичної особи, створене для коопераційного здійснення робіт, що проводяться партнером у третій країні).

Консорціальні угоди особливо поширені в капіталомістких секторах економіки (наприклад, енергетика і розробка корисних копалин) [5]. Оскільки національні агентства зі страхування інвестицій працюють тільки з національними інвесторами, виходить, що кожен з учасників консорціуму повинен самостійно домовлятися зі своїм національним агентством щодо страхування тільки своєї частки інвестицій, і в разі збитку кожен з них отримає різну компенсацію від страховиків (у силу відмінностей в національних страхових програмах, особливо в питанні розміру відшкодуваного збитку), а потім неминуче виникнуть труднощі при врегулюванні стосунків страховиків із приймаючою державою, які ґрунтуватимуться на знову-таки різних договорах про заохочення і взаємний захист капіталовкладень.

Наявність широкого кола міжнародних організацій, які розглядають питання, пов'язані із захистом іноземних інвестицій, і прагнуть закріпити взаємодію в міжнародно-правовому розвитку інвестиційних правовідносин, вселяє надію, що це поза сумнівом приведе до створення загальноєвропейських міжнародно-правових принципів у сфері регулювання іноземних інвестицій. Попри те що нині ця сфера міжнародного права характеризується великою кількістю суперечливих поглядів і думок, є підстави констатувати існування самостійної підгалузі міжнародного економічного права, предметом якої є регулювання міжнародних інвестиційних відносин. Більше того, сам факт існування великого числа суперечливих точок зору і позицій у цьому питанні

свідчить про назрілі проблеми, що вимагають невідкладного міжнародно-правового рішення [2].

Принцип національного режиму як один із способів захисту інвестицій знайшов своє наукове закріплення в працях видатного аргентинського юриста К. Кальво. Згодом ця теорія стала відома як «доктрина Кальво». Учений писав: «Нерезиденти, що беруть участь у комерційному обороті країни перебування, мають право на отримання аналогічного захисту, як і резиденти, але вони не мають права вимагати більшого рівня правового захисту». Це положення про захист прав нерезидентів лише у рамках національного режиму закріплено в завершальному документі Першої міжнародної конференції американських держав (Вашингтон, 1889 р.), а також у Конвенції про права і обов'язки держав, прийнятій на VII Міжнародній конференції американських держав (Монтевідео, 1933 р.).

На думку аргентинського вченого, міжнародно-правовий звичай вимагає, щоб держава надавала іноземцям такі ж права, як і власним громадянам. На цій підставі в законах і конституціях багатьох латиноамериканських держав було закріплено положення про те, що використовуваний стосовно іноземних інвесторів національний режим відповідає вимогам міжнародного права. Проте ці закони не гарантували захист іноземної власності від вилучень у ході економічних реформ у цих країнах.

Доктрина Кальво на противагу міжнародному мінімальному стандарту вводить поняття національного стандарту, в основі якого лежать принципи територіального суверенітету держав:

1. Принцип рівності резидентів і нерезидентів перед законом.
2. Принцип регулювання правового положення нерезидентів і їх власності внутрішнім законодавством.
3. Принцип невтручання інших держав, зокрема держав, громадянами яких є іноземні інвестори, при вирішенні суперечок між іноземними інвесторами і національними урядами щодо правового положення нерезидентів та їх власності.
4. Принцип відсутності зобов'язання держави компенсувати іноземним інвесторам збиток, заподіяний у результаті громадянської війни або актами порушення громадського порядку, оскільки законодавством держави не передбачається така компенсація.

Доктрина Кальво не відмовляється від принципів, властивих міжнародному стандарту стосовно експропріації іноземної власності (за мотивами «громадські потреби», «недискримінація» і «адекватна компенсація»). Усі ці поняття зустрічаються в конституціях і законах латиноамериканських держав. Проте згідно з цією доктриною названі принципи мають не міжнародно-правову, а національно-правову природу, і всі спори, що виникають у зв'язку з їх застосуванням, повинні вирішуватися національними судами і відповідно до внутрішнього законодавства.

Тільки після вичерпання всіх національних засобів правового захисту, якщо не досягнуто задовільне вирішення суперечки, іноземний інвестор має право звернутися в компетентні міжнародні органи з арбітражного вирішення суперечок. Так, наприклад, міжнародними судами, які компетентні розглядати інвестиційні спори, є:

1. Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгівельної палати

Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати в Парижі створений у 1923 р. і є однією з провідних арбітражних установ світу. Штаб-квартира суду зна-

ходиться в Парижі, проте більш ніж 80% справ розглядаються арбітражним судом на територіях інших держав.

Арбітражний суд може складатися з одноосібного арбітра або колегії арбітрів. При Арбітражному суді МТП немає Постійної палати арбітрів, не існує і яких-небудь списків арбітрів, якими б керувалися сторони при призначенні арбітрів. При цьому Арбітражний суд може самостійно призначити арбітрів, але у більшості випадків Суд лише вирішує питання про те, до якого національного комітету слід звернутися і запросити рекомендацію.

Організаційними питаннями займається Секретаріат, який складається з 50 чоловік, включаючи 30 юристів із 23 країн. Секретаріат надає необхідну інформацію, грає роль сполучної ланки між сторонами суперечки, арбітрами і самим Судом [3].

Міжнародний арбітражний суд вирішує міжнародні комерційні спори. Сама Палата є найбільшим дослідницьким центром у царині міжнародного приватного права. Останніми роками суд почав брати до розгляду спори між юридичними і фізичними особами – представниками однієї держави.

2. Арбітражний інститут Торгової палати м. Стокгольма

Арбітражний інститут Торгової палати м. Стокгольма є самостійним підрозділом Торгової палати м. Стокгольма і був заснований у 1917 р. У 70-ті рр. XX ст. у зв'язку із загостренням радянсько-американських торгівельних відносин Стокгольм був визнаний як нейтральне місце вирішення суперечок [2].

На сьогодні практика Інституту включає як національні, так і міжнародні арбітражні розгляди, тобто має багатонаціональний характер, включаючи сторони, їх представників і арбітрів із багатьох країн.

Приклади справ: 8 червня 2010 р. Арбітражний трибунал у м. Стокгольмі (Швеція) виніс ухвалу щодо суперечки між ЗАТ «РосУкрЕнерго» і НАК «Нафтогаз Україна». Згідно з цим рішенням відповідач НАК «Нафтогаз Україна» повинен був повернути позивачеві 11 млрд куб. м природного газу і 1,1 млрд куб м газу як неустойку за порушення умов контракту.

3. Лондонський міжнародний арбітражний суд

Лондонський міжнародний арбітражний суд існує як внутрішній третейський суд з 1892 р., як міжнародний функціонує з 1981 р. Його засновниками є Муніципальна рада Лондона, Лондонська Торгово-промислова палата й Інститут арбітрів. Цей міжнародний третейський суд є одним із найбільш авторитетних арбітражів у світі і до того ж найстарішим із них.

Лондонський міжнародний арбітражний суд забезпечує адміністративну організацію проведення арбітражного розгляду у багатьох країнах за допомогою угод з відповідними арбітражними центрами й арбітражними органами.

4. Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України

Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України є самостійною постійно діючою арбітражною установою (третейським судом), що здійснює свою діяльність відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р., Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України і Регламенту [5].

Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України бере до розгляду спори, що належать до його компетенції, за наявності письмової угоди між сторонами про передачу йому всіх або певних суперечок, які виникають або можуть виникнути між сторонами у зв'язку з якими-небудь конкретними правовідносинами, незалежно від того, мають вони договірний характер або ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження в договорі або у вигляді окремої угоди.

Порядок звернення до Міжнародного комерційного арбітражного суду і розгляд справ визначається Регламентом Міжнародного комерційного арбітражного суду, а розмір арбітражного збору, що стягується у взятій до розгляду справі – Положенням про арбітражні збори і витрати.

Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України є остаточними і обов'язковими для сторін і при відмові від їх добровільного виконання виконуються в примусовому порядку за місцезнаходженням боржника відповідно до норм конвенції «Про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень» (Нью-Йорк, 1958).

5. Міжнародний центр із врегулювання інвестиційних суперечок

Міжнародний центр із врегулювання інвестиційних суперечок (ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes) заснований відповідно до Конвенції із врегулювання інвестиційних суперечок між державами і громадянами інших держав 1965 р. [6].

Конвенція розглядає два основні способи вирішення суперечок: примирення сторін і арбітражне виробництво. Юрисдикція центру поширюється на всі правові спори, що виникають безпосередньо із стосунків, пов'язаних з інвестиціями, між державою – учасником Вашингтонської конвенції й особою іншої держави – учасника Вашингтонської конвенції за умови наявності письмової згоди учасників суперечки про передачу такої суперечки для дозволу в ICSID.

Таким чином, для того щоб ICSID мав компетенцію розглядати інвестиційну суперечку, потрібна відповідна письмова згода учасників суперечки, так звана арбітражна угода. Нині положення про звернення із спірних питань у ICSID є стандартним пунктом міжнародних інвестиційних угод і договорів.

6. Міжнародна постійна палата Третейського суду

Палата заснована в 1899 р. на основі Конвенції про мирне вирішення міжнародних зіткнень за рішенням першої Гагської мирної конференції і є старою організацією для вирішення міжнародних суперечок. Місцезнаходження штаб-квартири – Гаага (Нідерланди).

До компетенції палати входить широке коло питань, зокрема: територіальні і морські кордони, суверенітет, права і свободи людини, іноземні інвестиції, міжнародна і регіональна торгівля. Палата вирішує спори, що виникають у процесі підприємницької діяльності держав і регіональних організацій.

Міжнародна постійна палата Третейського суду компетентна сприяти, а також вирішує спори за участю держав, міжнародних організацій і приватних осіб, за умови, що сторони підписали угоду про те, що їх суперечка повинна розглядатися згідно з Правилами арбітражного дозволу суперечок Постійної палати Третейського суду.

Приклад справи: у 2008 р. ВАТ «Татнафта» подала позов у Міжнародну постійну палату Третейського суду. Російська компанія вимагала стягнути з України збитки, понесені в результаті переходу контролю над ПАО «Укртатнафта» до групи «Приват» у 2007 р. У «Татнафті» ці дії назвали рейдерським захопленням. Позов «Татнафти» задоволений частково, сума компенсації скорочена з 2,4 мільярдів доларів, які були в позові, до 100 мільйонів доларів.

Висновки. Факт того, що Україна є лідером серед країн СНД за кількістю справ з міжнародних арбітражів, у яких вона виступала як відповідач, свідчить сам за себе. Зокрема, Україна була відповідачем у десяти справах, які розглядалися трибуналами Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів. Відповідно до статистики Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма проти України було порушено три інвестиційні справи. Розгляд двох справ відбувався арбітражем *ad hoc* відповідно Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ 1976 р. [2], а також ще по одній інвестиційній справі розглядалося в Постійній палаті Третейського суду, так званому Міжнародному арбітражному суді.

Незважаючи на те що Україна виграла або врегулювала мировою угодою щонайменше 8 із 10 вищезгаданих справ і тим самим закріпила за собою позицію успішного відповідача, будь-який інвестиційний спір є негативним показником, що означає наявність настільки значного дискомфорту інвестора на території України, що інвестор звертається до доволі витратного (як із позиції грошей, так і часу) засобу захисту своїх прав.

ЛІТЕРАТУРА

1. Комаров В. В. Международный коммерческий арбитраж / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. – Харьков : Право, 2009. – С. 164.
2. Лабин Д. К. Международно право по защите и поощрению иностранных инвестиций Д. К. Лабин. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – С. 87–196.
3. Лукашук И. И. Международное инвестиционное право / И. И. Лукашук // Международное право: Особенная часть. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 246–253.
4. Рибій О. В. Аналіз деяких аспектів міжнародних двосторонніх інвестиційних договорів / О. В. Рибій // Зовнішня торгівля: право та економіка. – 2004. – № 5–6 (17). – С. 47–52.
5. Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж : навч. посіб. / Г. А. Цірат. – К. : Істина, 2002. – С. 19.
6. Офіційний сайт Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних суперечок [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.
7. Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ ООН; Регламент, Міжнародний документ від 15.06.1976 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_059.

Товкун И. Н.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

В статье рассматриваются международные средства защиты иностранных инвестиций. Проводится анализ принципа международного минимального стандарта, а также обзор международных судов, которые компетентны рассматривать инвестиционные споры.

Ключевые слова: инвестиционный спор, международный арбитраж, институт суброгации, международный минимальный стандарт.

Tovkun I. M.

INTERNATIONAL FACILITIES OF DEFENCE FOREIGN INVESTMENTS

Problem setting. Making investments in the developing countries and in the countries with transition economy in a politically and economically volatile environment investor risks to have his capital be restricted or even confiscated in case of change of political situation.

Target of research. One of the main legal instruments to improve legal protection of foreign investments is international legal practice assuming international bilateral agreements on mutual attraction and protection of foreign investments, the so called bilateral investment agreements.

Article's main body. During the last decades foreign investors together with national business men have been interested in attracting of foreign capital and try to create a system of extra warranties protecting investors from non-commercial (political) risks arising from unstable political environment and connected with repressive actions of the governmental authorities. One of the elements of such a system of extra warranties is suggested to be a system of insurance of noncommercial risks. There is one more important instrument in protection of foreign investments such as applying of international minimal standard which has been formed under influence of a conception of responsibility of the country for making harm to foreign citizens and their property.

But only after all national means of legal protection will be worked out and no satisfactory solution of the dispute will be found foreign investor has got a right to apply to the qualified international authorities for arbitration decision. The fact of that Ukraine is a leader among CIS countries on the quantity of cases of international arbitration where it acted as defendant speaks for itself.

Conclusions and prospects for the development. The article considers international means of protection of foreign investments. Analysis of the principle of international minimal standard is carried out; the survey of international courts, competent to adjudicate investment disputes, is conducted as well.

Key words: investment disputes, international arbitration, institute of subrogation, international minimum standard.