

Київський національний торговельно-економічний університет

Кафедра міжнародного публічного права

ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на тему:

«Міжнародно-правовий механізм врегулювання інвестиційних спорів»

Студента 2 курсу, 11 м групи,
спеціальності 293
«Міжнародне право»
Спеціалізації «Міжнародне
право»

Яр
Давід

*підпис
студента*

Науковий керівник
д.ю.н.
професор

Плахотнюк
Наталія
Вікторівна

*підпис
керівника*

Гарант освітньої програми
д.ю.н.
професор

Дешко
Людмила
Миколаївна

*підпис
гаранта*

Київ – 2019

ЗМІСТ

ВСТУП.....	2
РОЗДІЛ 1. СТАНОВЛЕННЯ ПОНЯТТЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ВРЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ.....	5
1.1. Виникнення міжнародно-правового механізму врегулювання інвестиційних спорів.....	5
1.2. Правова природа інвестиційних спорів у контексті формування принципу мирного врегулювання міжнародних спорів	9
1.3. Види міжнародних інвестиційних спорів.....	13
РОЗДІЛ 2. ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ВРЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ.....	17
2.1 .Учасники міжнародних інвестиційних спорів.....	17
2.2. Міжнародно-договірні підстави міжнародних інвестиційних спорів.....	23
2.3. Договір до Енергетичної Хартії як модель глобального міжнародно- арбітражного механізму урегулювання інвестиційних спорів.....	26
РОЗДІЛ 3 ДОСЛІДЖЕННЯ АРБІТРАЖНИХ ПРОЦЕДУР, ЩО ВИКОРИСТОВУЮТЬСЯ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ	34
3.1. Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних суперечок МЦУІС.....	34
3.2. Арбітражні справи за участю України.....	38
ВИСНОВКИ.....	46
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	50

ВСТУП

Актуальність теми. У процесі стрімкого розвитку міжнародних економічних відносин були розроблені різноманітні механізми залучення коштів одними суб'єктами в інших. За браком достатніх ресурсів чи інтересу для здійснення певного виду економічної діяльності в держави та наявності достатнього капіталу й інтересу в окремих іноземних суб'єктів приватного права на взаємовигідних умовах може здійснюватися міжнародна інвестиційна діяльність.

Ефективність здійснення міжнародної інвестиційної діяльності залежить від багатьох факторів, у тому числі налагодженої взаємодії у сфері вирішення інвестиційних спорів. До проблемних питань, що виникають при вирішенні міжнародних інвестиційних спорів, відносять: нестабільність і непередбачуваність рішень інвестиційних судів, непрозорий арбітражний процес вирішення інвестиційного спору, неврахування інтересів населення приймаючої держави. Все це призводить до непередбачуваності результатів вирішення таких спорів, нерозуміння сторонами причин прийняття певних рішень та інших питань, що може свідчити про недостатню ефективність сучасних механізмів врегулювання міжнародних інвестиційних спорів.

Наведений вище перелік проблемних питань у цій сфері не є повним, але така проблематика, з огляду на високий рівень важливості цієї сфери для розвитку світової економіки, у тому числі української, свідчить про необхідність пошуку шляхів їх вирішення. Безперечно, для отримання максимального ефекту запропоновані в майбутньому варіанти вирішення проблематики повинні мати глибоке теоретичне обґрунтування.

Серед зарубіжних науковців дослідженням проблемних питань механізмів і шляхів вирішення міжнародних інвестиційних спорів приділяли увагу Н. Рубінс, К. Шроєр, Н. Сорнарайях, А.Н. Попков, І.З. Фархутдінов, М.А. Баратова, М.М. Богуславський. Окремі аспекти механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів висвітлювали у своїх працях українські

вчені І.М. Злакоман, М.М. Мальський, О.О. Зозуля, Г.В. Галущенко, О.В. Бринцев, К.П. Бондар. Тенденції реформування механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів як окремий предмет дослідження у вітчизняній науці не розглядалися.

Мета дослідження - окреслити проблемні питання сучасних міжнародно-правових механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів і проаналізувати можливі шляхи їх вирішення.

Згідно поставленої мети нам потрібно вирішити наступні **завдання**:

- вивчити виникнення міжнародно-правового механізму врегулювання інвестиційних спорів;
- визначити правову природу інвестиційних спорів у контексті формування принципу мирного врегулювання міжнародних спорів;
- розглянути види міжнародних інвестиційних спорів;
- визначити учасників міжнародних інвестиційних спорів;
- проаналізувати міжнародно-договірні підстави міжнародних інвестиційних спорів;
- дослідити договір до Енергетичної Хартії як модель глобального міжнародно-арбітражного механізму врегулювання інвестиційних спорів;
- проаналізувати діяльність міжнародного центру з врегулювання інвестиційних суперечок МЦУІС;
- розглянути арбітражні справи за участю України.

Предмет дослідження – міжнародно-правові норми, які регламентують інвестиційну діяльність.

Об'єкт дослідження – міжнародно-правовий механізм врегулювання інвестиційних спорів.

Методи дослідження. У процесі дослідження та реалізації вищезазначених завдань використано системний аналіз наукового пізнання, аналізу і синтезу, індукції та дедукції; метод порівняльного аналізу; застосовано загальнонауковий та аналітичний методи, що забезпечило ґрунтовне вивчення правового регулювання інвестиційної діяльності.

Практичне значення отриманих результатів: перелік конференцій, на яких було обговорено результати дослідження із зазначенням назви доповіді, місця та 2 часу проведення конференцій, перелік тез та статей, які було підготовлено, з повною інформацією про їх видання тощо.

РОЗДІЛ 1

СТАНОВЛЕННЯ ПОНЯТТЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ВРЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ У МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

1.1. Виникнення міжнародно-правового механізму врегулювання інвестиційних спорів

Історія міжнародно-правового регулювання міжнародних економічних відносин є частиною історії міжнародного права та його науки і ділиться на періоди, відповідні основним типам виробничих відносин, протягом яких виникли та існують держави [4, с. 14-17].

Розвиток зовнішньоекономічних зв'язків зумовило виникнення нових форм, що регулюють зовнішньоекономічні відносини. У держав виникла необхідність в договорах та угодах, щоб обумовити питання іноземного інвестування. Цей період ознаменувався становленням підгалузі міжнародного економічного права - міжнародного інвестиційного права.

Механізм правового регулювання іноземних інвестицій становить сукупність норм та правил міжнародного права й національного права, які визначають правовий статус іноземних інвестицій. В умовах розширення нормативної системи міжнародного права його норми регулюють не тільки міждержавні відносини, а й регламентують статус та діяльність юридичних осіб відповідно до загальних інтересів держави.

Правове регулювання іноземних інвестицій, що відбувається на двох рівнях – національному та міжнародному - наочно свідчить про об'єктивну взаємозумовленість та взаємозалежність цих двох самостійних правових механізмів. Тому проблема співвідношення та взаємодія міжнародного права та національного права представляє одну з найбільш важливих та складних проблем у сфері міжнародного інвестиційного права.

Подальша еволюція міжнародного інвестиційного права, поглиблення його взаємодії до внутрішньодержавного права органічно обумовлена всебічною інтернаціоналізацією національних правових систем. Тому найважливішим теоретичним посиленням є положення про те, що ефективне здійснення міжнародним інвестиційним правом своїх функцій неможливо уявити без гармонійної взаємодії з національним правом.

Це особливо обумовлено тим, що темпи залучення іноземних інвестицій в країні призводять до збільшення кількості міжнародних інвестиційних суперечок. Це тоді, коли іноземним інвесторам відповідно до національного законодавства та укладених міжнародних інвестиційних договорів, створені більш вигідні умови в існуючих та можливих суперечках з обов'язковим залученням міжнародно-арбітражного механізму.

Розгляд питання необхідно почати з огляду і аналізу існуючих точок зору щодо правової природи інвестиційного спору. Узагальнюючи, слід зазначити, що існуючі в доктрині точки зору щодо правової природи інвестиційного спору зводяться до наступних: інвестиційний спір носить приватний характер, інвестиційний спір носить публічний характер, інвестиційний спір є змішаним, поєднуючи в собі риси приватного і публічного характеру.

Л.І. Волова дотримується позиції, що суперечки між державою та іноземним інвестором - приватною особою, про відносини, що стосуються інвестицій, є приватно-правовими та не можуть підлягати розгляду та вирішення в рамках публічно-правових інститутів, оскільки держава виступає в таких відносинах саме як суб'єкт приватноправових відносин, частково відмовляючись від свого статусу суверена [5, с. 14].

Г.М. Вельямінов зазначає, що при визначенні правової природи ключову роль гратимуть не правовий статус суб'єктів, а предмет спору - інвестиції. Характер такого спору автор називає цивільно-правовим, а значить, врегулювання суперечок «підпадає під рубрику приватноправових, незважаючи на те, що в суперечках беруть участь і суверенні держави, а

правова база врегулювання - міжнародний договір». Автор також зазначає, що до них застосовуються «міжнародні публічно-правові методи сприяння, забезпечення більш ефективного, однакового врегулювання» [4].

Ш.В. Шилл наполягає на протилежній точці зору та стверджує, що міжнародне право захисту інвестицій в цілому наука публічно-правова, і, відповідно, всі її складові частини, правові явища будуть вважатися публічно-правовими. До таких елементів автор відносить інвестиційні суперечки та інвестиційний арбітраж [39].

Відповідно до цієї точки зору, інвестиційні суперечки належать публічно-правовому порядку, причому таке віднесення не повинно вважатися таким, що порушує права приватного інвестора на захист. Такі спори підлягають розгляду в публічно-правових інститутах, наприклад, в Міжнародному суді ООН, і вирішуються на підставі загальних принципів міжнародного права.

А.С Котов зазначає, що спроби однозначно віднести інвестиційні суперечки до однієї сфери правового регулювання, чи то публічно-правова або приватноправова сфера, бачаться безперспективними. Він констатує, що інвестиційні суперечки містять риси і міжнародного публічного, і міжнародного приватного і внутрішнього права держави.

Дослідження проблем теорії розвитку міжнародних інвестиційних відносин на різних етапах свого становлення сприяє більш якісному підходу в розгляді проблемних питань правового регулювання доступу, захисту іноземних капіталовкладень [13, с. 167].

А.А. Ковальов вказує, що «однією з передумов, що сприяють міжнародному руху капіталів, виступає та обставина, що на рубежі ХХ та ХХІ століть широке поширення набули уніфіковані норми міжнародно-правового регулювання іноземних інвестицій. Сформована система правового регулювання міжнародних інвестиційних відносин являє собою систему взаємодії та співвідношення національних правових систем і системи міжнародного права» [12, с. 294].

Міжнародні інвестиційні відносини між державами являють собою особливий правовий зв'язок. Вони потребують розробки відокремленого механізму, який би зміг забезпечити захист інвестицій, які прийшли з-за кордону [4, с. 4-5].

У теорії, коли говорять про правове регулювання та забезпечення іноземних капіталовкладень на міжнародному рівні, в залежності від джерел, його прийнято ділити на категорії міжнародних угод: багатосторонні міжнародні угоди, які мають властивість універсальності, міжнародні регіональні угоди та угоди, які укладені між двома державами (також є міжнародними) [5, с. 148].

Підводячи підсумок аналізу доктринальних точок зору на сутність інвестиційного спору, необхідно відзначити, що пропонувані в літературі визначення інвестиційного спору є досить коректними. Разом з тим, в цих визначеннях, часом, не враховано ті характеристики інвестиційного спору, які визначені міжнародними договорами. Загальним в пропонуванях формулюваннях є те, що автори підкреслюють зв'язаність інвестиційного спору з інвестиціями, однак єдність думок щодо сторін інвестиційного спору відсутня. Широкий погляд на аналізоване поняття не передбачає участі в інвестиційному спорі приватного інвестора та охоплює лише суперечки за участю держави. Крім того, в представлених формулюваннях наведені різні підстави виникнення інвестиційного спору - від порушення внутрішнього законодавства до порушення угоди між інвестором і державою.

За юридичним змістом багатосторонні міжнародно-правові угоди в сфері іноземних інвестицій діляться на договори, що закріплюють норми про захист інвестицій, та угоди, які спрямовані на регулювання іноземних інвестицій.

На наш погляд, важливо відзначити особливу роль двосторонніх договорів, укладених в рамках співробітництва держав у сфері взаємного заохочення та захисту капіталовкладень, оскільки в основному, аспект

правового регулювання взаємовідносин між державами інвестиційного характеру здійснюється в рамках двостороннього співробітництва.

1.2. Правова природа інвестиційних спорів у контексті формування принципу мирного врегулювання міжнародних спорів

Держави мають право на дозвіл інвестиційних суперечок, що виникають між державами та іноземними інвесторами, з цією метою і був створений спеціальний міжнародний інституційний механізм для їх врегулювання, який є важливою гарантією захисту іноземних інвестицій.

У практиці різних держав під впливом відповідних норм міжнародного публічного права утвердилося досить широке визначення інвестиційних суперечок як суперечок, що виникають із відносин, з приводу капіталовкладень між приймаючими державами та приватними особами іноземних держав, при цьому останні розглядаються в приймаючій державі в якості інвесторів [5, с. 148].

Міжнародні інвестиційні суперечки відрізняються змішаним суб'єктним складом, часто в ролі позивача виступає приватний іноземний інвестор, а в якості відповідача - держава - реципієнт капіталу. Механізм вирішення інвестиційних спорів передбачається в двосторонніх угодах про заохочення та взаємний захист капіталовкладень.

Порядок вирішення міжнародних інвестиційних суперечок регулюється національним правом держави-реципієнта та міжнародним публічним правом.

Спори між державою та іноземним інвестором - приватною особою про відносини, що стосуються інвестицій, є приватноправовими і, згідно з нормами міжнародного публічного права, підлягають, перш за все, вирішення в національних судах однієї з сторін спору. Найчастіше такими судами є суди держави, на території якої здійснюється інвестиція [5, с. 148].

Важливою гарантією захисту іноземних інвестицій є встановлення гнучкого порядку вирішення інвестиційних спорів, в тому числі щодо

тлумачення та застосування договорів між сторонами, переважно шляхом переговорів. Особливої уваги заслуговує та обставина, що більшість договорів «Про взаємне заохочення і захист іноземних інвестицій» передбачають можливість розгляду таких спорів у міжнародному арбітражі [5, с. 25-40].

Угоди «Про взаємне заохочення і захист іноземних інвестицій» поряд з іншими важливими положеннями містять і норми, що стосуються вирішення спорів двох категорій:

- 1) між інвестором та приймаючою інвестиції державою;
- 2) між державами.

Перша категорія суперечок - це суперечки, що стосуються «розміру та порядку виплати компенсацій», а також «будь-яких інших питань, які є результатом акту експропріації або наслідків невиконання або неналежного виконання зобов'язань по переказу платежів »[6].

Друга категорія суперечок – це спори, що стосуються тлумачень і застосування інвестиційних угод.

Інвестиційні спори можуть виникнути з таких підстав:

- 1) за претензіями іноземного інвестора до держави через необґрунтовані відмови в реєстрації підприємства з іноземними інвестиціями;
- 2) через відмову в переказі прибутку, отриманого іноземним інвестором, за кордон з питань, пов'язаних з виплатою компенсацій;
- 3) з питання заморожування валютних рахунків іноземного інвестора;
- 4) з питання дострокового припинення концесійного договору;
- 5) з питання зміни умов концесійного договору та т.п.

При цьому останні підстави для виникнення інвестиційних суперечок зустрічаються найбільш часто в практиці Арбітражного трибуналу МЦУС.

У вищеназваних угодах передбачаються дві основні процедури врегулювання суперечок:

- 1) шляхом переговорів між сторонами;
- 2) шляхом арбітражної процедури. Після того як вичерпані всі засоби мирного врегулювання спорів між державою та приватним інвестором, вони

на вимогу однієї зі сторін дозволяються в арбітражі або третейському суді, причому третейський суд створюється для кожного конкретного випадку розгляду спору.

Послідовність звернення до різних форм вирішення спору може бути як чітко визначеною, наприклад, звернення в міжнародний арбітраж можливо тільки після вичерпання можливостей внутрішньодержавного арбітражно-судового захисту, так й застосовуватися за вибором позивача.

Включення конкретного положення в двосторонні інвестиційні договори означає, що держави згодні передати рішення інвестиційних спорів міжнародному комерційному арбітражу.

Ті розвинені країни, економіка яких на сьогоднішній день передре на міжнародній економічній арені, досить часто використовують систему двостороннього співробітництва з приводу взаємного захисту та заохочення іноземних інвестицій.

Безумовно, іноземне інвестування має власну специфіку, оскільки являє собою одну з різновидів економічних відносин міжнародного характеру.

Перш за все, важливим для законодавця, є значення поняття «іноземна інвестиція», а, точніше, його визначення. Так, якщо конкретна держава, слідуючи національному законодавству, визнає особу іноземним інвестором, то вона ж зобов'язана і визнавати його права, наприклад, на відповідні пільги і гарантії [7, с. 9-10].

До речі, до такого захисту в міжнародно-правовому регулюванні іноземних інвестицій слід віднести міжнародні гарантії захисту іноземних інвестицій. З цієї причини розробка і прийняття міжнародно-правових норм, спрямованих на врегулювання питань, пов'язаних з іноземними інвестиціями, необхідні для того, щоб потенційний інвестор мав можливість своєчасно провести відповідні розрахунки з приводу можливих в майбутньому збитків, виникнення яких може бути пов'язано з певною поведінкою держави-«імпортера» інвестицій.

Тут же мова йде про те, щоб іноземні партнери мали уявлення про майбутні перспективи та розвиток інвестиційної справи, а також могли визначити частку ризику при вкладенні капіталу в чужу економіку [8, с. 38-39].

На сьогоднішній день економічне, а також політичне співробітництво держав в даній області відносин дозволило закріпити певні гарантії і недоторканність іноземних капіталовкладень. Перш за все, забезпечити захист іноземних інвестицій необхідно від таких заходів, як експропріація, реквізиція та конфіскація. В якості гарантії фіксується зобов'язання утримуватися від подібних дій.

Проте подібні зобов'язання не повинні розглядатися як відмова від зазначених заходів в принципі, оскільки міжнародні угоди можуть містити положення про націоналізацію та експропріацію за умови дотримання імперативних вимог, визначених угодою.

Як стверджує А.М. Ібрагімов, аналіз міжнародно-правових джерел, в яких закріплені гарантії захисту іноземних капіталовкладень, показав, що іноземні інвестиції знаходяться під регулюючим впливом не тільки публічного, а й приватного права. При цьому надання правових гарантій прямих іноземних інвестицій є за змістом приватноправовим актом, за формою воно може бути здійснено в міжнародному публічно-правовому порядку [11, с. 135].

Таким чином, гарантії для іноземного інвестора, які закріплені нормами міжнародного права, зобов'язують державу-реципієнта забезпечити збереження власності іноземного інвестора, а в разі невиконання зазначеного зобов'язання настає міжнародна відповідальність, особливість якої проявляється в наявності міжнародного інституційного механізму по забезпеченню захисту прав іноземного інвестора.

Механізм захисту прав іноземного інвестора закріплений в Сеульській конвенції про заснування Багатостороннього агентства по гарантіях

інвестицій, що наділяє цю міжнародну організацію можливістю страхувати інвестиційні ризики [28, с. 271-272].

Перевага міжнародно-правових гарантій визначається договірною формою їх закріплення. У ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. встановлено, що кожен діючий міжнародний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись [29, с. 139-140].

Тому міжнародно-правові гарантії прав іноземних інвесторів, що становлять зміст міжнародно-правових норм, обов'язкові для держави, до якої має намір вкласти свої капітали іноземний інвестор.

Досліджуючи проблематику міжнародно-правового регулювання іноземних інвестицій, важливо торкнутися якомога більше проблемних моментів із зазначеної сфери суспільних відносин.

Так, проблема вирішення інвестиційних спорів має безпосереднє відношення до проблемних моментів правового регулювання на міжнародному рівні. В даній ситуації слід розрізняти міждержавні суперечки та цивільно-правові суперечки іноземних інвесторів

1.3. Види міжнародних інвестиційних спорів

Специфіка інвестиційного спору зумовлена зіткненням при його вирішенні приватного та публічного права, що створює науковий і практичний інтерес для його дослідження. Під інвестиційними спорами в широкому сенсі розуміються будь-які суперечки, пов'язані з інвестиціями. Це можуть бути суперечки економічного, технічного, технологічного, адміністративного і правового характеру між різними суб'єктами. Причому економічні, технічні, технологічні та адміністративні суперечки можуть мати як самостійний характер, так і бути складовою частиною правового спору.

В українському законодавстві термін «інвестиційний спір» прямо не використовується. Однак цей термін має кваліфікуючі ознаки - особливий

склад учасників суперечок (інвестор як обов'язковий учасник), специфіку предмета (пов'язані з інвестиційною діяльністю), особливий порядок врегулювання.

Так, за характером вимоги інвестиційні суперечки можна розділити на приватно-правові, публічно-правові, змішані. Прикладом публічно-правових спорів можуть бути суперечки, що виникають у зв'язку з оподаткуванням інвестиційної діяльності.

За підставою виникнення інвестиційні суперечки можна розділити на дві групи. До першої групи належать спори, пов'язані з односторонніми суверенними актами держави щодо втручання в інвестиційну діяльність, - зміна умов здійснення інвестиційної діяльності через зміни в законодавстві (зміна податкових ставок, внесення в односторонньому порядку змін до угоди про розподіл продукції і т.д.), надання фіскальних пільг і привілеїв.

Для даної категорії спорів характерні два види вимоги. Це вимога встановлення юридичного факту (наприклад, підтвердження факту погіршення умов здійснення інвестиційної діяльності) і вимога про виплату компенсації. Другу групу утворюють суперечки, пов'язані з інвестиційними угодами, між контрагентами за договорами [5, с. 148].

За критерієм предмета спору інвестиційні суперечки можна розділити на три категорії:

- пов'язані з допуском інвестора до здійснення інвестиційної діяльності;
- пов'язані з реалізацією інвестиційного проекту, тобто що виникають безпосередньо при здійсненні інвестиційної діяльності;
- пов'язані з припиненням інвестиційної діяльності.

У свою чергу, суперечки, пов'язані з реалізацією інвестиційного проекту, можуть бути розділені на види залежно від форми здійснення інвестицій. Це суперечки, пов'язані:

- зі здійсненням прямого інвестування;
- з посередніми інвестиціями;
- з іноземними інвестиціями.

Залежно від змісту інвестиційної діяльності можна виділити суперечки, пов'язані з:

- інвестиціями в капітальному комерційному будівництві;
- контрактними формами інвестиційної діяльності;
- договором франчайзингу;
- діяльністю пенсійних фондів;
- інвестиційною діяльністю в житловому будівництві.

Як вже зазначалося раніше, одну з категорій спорів становлять спори між інвестором та приймаючою інвестиції державою. Прийнято вважати, що дану категорію інвестиційних суперечок можна розділити на три групи.

Суб'єктами звернення до суду є фізичні та юридичні особи, які є учасниками інвестиційної діяльності, зацікавлені в захисті власних прав, свобод та інтересів. При цьому загальновизнаним вважається думка, що процесуальне право на порушення справи не пов'язане з реальною наявністю у зацікавленої особи суб'єктивного матеріального права, з приводу якого вона звертається до суду [15, с. 148].

У процесі здійснення правосуддя через відповідні правовідносини відбувається реалізація норм інвестиційного матеріального права і процесуального права. При цьому однією з загальних завдань судочинства, є правильне вирішення справи, що відповідає виявленню та реалізації матеріального правовідношення, дійсно існуючого між учасниками спору. Виконання ж цього завдання можливе лише в результаті розгляду справи по суті.

Право на судовий захист має матеріально-правовий та процесуальний аспекти. Наявність такого права у матеріально-правовому сенсі суд може визначити лише після дотримання всієї встановленої процесуальним законом процедури розгляду і вирішення цивільної справи. Що ж стосується процесуального аспекту права на судовий захист, то він якраз і пов'язаний з конкретним змістом цивільної процесуальної правоздатності осіб, зацікавлених в порушенні справи.

Висновки до розділу. На наш погляд, неухильна повага до міжнародної законності має бути єдино можливим правилом поведінки для кожного суб'єкта міжнародного права. Співробітництво, яке проявляє міжнародне співтовариство з метою створення загальних правових парадигм, в межах яких повинні будуватися інвестиційні відносини міжнародного характеру, має як позитивні, так і негативні сторони.

До позитивних моментів слід віднести ту універсальність, яка дозволяє охопити більшу кількість учасників інвестиційних відносин, дає можливість державам спільно розробляти обов'язкові, однакові правові норми, спрямовані на врегулювання міжнародних інвестиційних правовідносин.

У числі негативних виступає відсутність у держав загального розуміння необхідності участі в тих чи інших багатосторонніх угодах. Крім того, переважна більшість існуючих міжнародних багатосторонніх актів в сфері правового регулювання інвестиційних відносин носять, загальний характер.

Незважаючи на це, вже сформована в середині минулого століття система правових актів, предметом якої є регулювання та забезпечення іноземних інвестицій, є вагомим правовим базисом та має високу значимість в справі забезпечення захисту прав іноземного інвестора.

РОЗДІЛ 2

ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ВРЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ

2.1. Учасники міжнародних інвестиційних спорів.

У зв'язку з появою на рубежі ХХ-ХХІ ст. міжнародних організацій економічного характеру як на універсальному (СОТ, Конференція ООН з торгівлі та розвитку (далі - ЮНКТАД) та ін.), так й на регіональному (ЄС, НАФТА, ЄАЕС та ін.) рівнях, а також з формуванням їх власного права з'явилися спеціальні режими міжнародного права, до яких вчені відносять, наприклад, систему врегулювання суперечок СОТ або систему врегулювання спорів між інвесторами та приймаючими державами в Міжнародному центрі врегулювання інвестиційних суперечок (далі - МЦУІС), право Європейського союзу або право Ради Європи та ін. [28, с. 3].

Під правовим режимом розуміється «Порядок регулювання, який виражений у комплексі правових засобів, що характеризують особливе поєднання взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язувань та створюють особливу спрямованість регулювання» [36, с. 33].

Формування відокремленої сукупності норм міжнародного права, націлених на регулювання інвестиційних відносин, володіє своєю унікальністю. На відміну від інших галузей міжнародного права тут немає основоположного багатостороннього договору або центральної міжнародної організації. Навпаки, ця сукупність правових норм максимально децентралізована та складається з безлічі джерел (Міждержавні двосторонні та регіональні договори, міжнародні звичаї, окремі акти національного права зовнішньо-економічної спрямованості, рішення міжнародних інвестиційних арбітражів, а також безпосередньо інвестиційні контракти за участю держави). Більш того, на її розвиток має суб'єктивний вплив професійна діяльність осіб у цій сфері (думки арбітрів, які розбирають інвестиційні суперечки, публічні

позиції та односторонні акти. Свій внесок вносять інвестори, представники неурядових організацій, правознавці та вчені) [46].

Таким чином, міжнародне інвестиційне право - це продукт еволюції, що формується державами за допомогою міжнародно-правового узгодження суверенної волі та частково професійною юридичною спільнотою в особі арбітрів, адвокатів та вчених, що спеціалізуються на досліджуваній сфері міжнародного права.

Оскільки правова норма - це завжди продукт свого часу, важливу роль в її формуванні відіграють епохальні історичні події. Наприклад, історичний період колонізації визначав систему захисту іноземних інвесторів за допомогою так званої дипломатії канонерок аж до початку ХХ ст., а процес деколонізації диктував насторожене ставлення до іноземних інвестицій з боку країн, що розвиваються в 1950-е- 1970-і рр.

Очевидно, свою лепту внесли й такі історичні події, як криза суверенних боргів держав Латинської Америки в 1980-х рр. або закінчення «холодної війни» і приєднання багатьох держав колишнього соціалістичного блоку до Вашингтонської конвенції 1965 р. «Про врегулювання інвестиційних суперечок між державами та юридичними і фізичними особами інших держав», яка заснувала МЦУІС, Європейську енергетичну хартію та двосторонні інвестиційні договори. Усе це викликало хвилю інвестиційних суперечок початку ХХІ ст., яка послідувала через більш 35 років з дня прийняття Вашингтонської конвенції.

Особливістю правовідносин у міжнародній економічній сфері є те, що держави як суб'єкти міжнародного права створюють публічно-правові рамки міжнародних домовленостей щодо регламентації економічних, в тому числі інвестиційних відносин між приватними особами з договірних стран.

Якщо говорити про взаємозв'язок між різними елементами правової системи, то актуальною видається точка зору професора С.М. Братуся, який підкреслював, що «система права не була б системою взагалі, якби її складові

частини не були зв'язані між собою багатьма нитками, якби між ними не було переходів, загальних норм» [36].

У зв'язку з цим обидва доктринальних підходу в тій чи іншій мірі визнають комплексність (вітчизняна доктрина) або «гібридність» (західна доктрина) міжнародного інвестиційного права. Зокрема, серед західних аналітиків популярно визначення міжнародного інвестиційного права як «гібридного», що поєднує елементи національного та міжнародного права, з одного боку, і приватного і публічного - з іншого. Також проводяться паралелі з міжнародним комерційним арбітражем, міжнародним правом про правом людини й торговим правом [18].

Стосовно до міжнародного інвестиційного права термін «прозорість» може містити більш широкий перелік прав та обов'язків сторін міжнародного інвестиційної угоди: наприклад, «забезпечення відкритої процедури розробки нормативних правових актів, що регулюють міжнародні інвестиційні відносини, а також публічну доступність інформації про дії, застосування і тлумачення таких актів» [8, с. 4].

У той же час в сфері інвестиційного арбітражу принцип прозорості є «можливість третіх осіб, які не беруть участі в суперечці, бути присутнім на слуханнях або відстежувати їх проведення, брати безпосередню участь в розгляді спору за допомогою внесення подань (виступаючи в якості так званих друзів суду (*amicus curiae*), а також мати відкритий доступ до матеріалів справи» [8, с. 6].

З прийняттям Правил ЮНСІТРАЛ даний принцип отримав остаточну конкретизацію і в даний час має на увазі:

- 1) публічність проведених слухань;
- 2) опублікування документів, представлених сторонами;
- 3) опублікування рішень, винесених арбітражем;
- 4) опублікування уявлень третіх осіб і сторін міжнародного договору, які не беруть участі в справі .

Існуюча система вирішення міжнародних інвестиційних спорів завжди вважалася закритою та недоступною, що давало підстави для підозр в її несумлінному використанні, а також в зацікавленості і, як наслідок, необ'єктивності арбітрів. Тому зміст принципу прозорості, передбаченого Правилами ЮНСІТРАЛ, обумовлено низкою об'єктивних передумов, серед яких в якості основних можна виділити:

1. Забезпечення публічних інтересів в розгляді інвестиційних спорів за участю держав.

Загальновизнаним є положення про те, що суспільний інтерес при вирішенні міжнародних інвестиційних спорів за участю держави виражений набагато яскравіше, ніж в звичайному комерційному арбітражі.

Такий інтерес може бути зумовлений низкою факторів:

- претензії інвесторів з приводу видання приймаючою державою законодавчих актів, що регулюють інвестиційні відносини, зачіпають публічні функції держави, тим самим побічно зачіпаючи його суверенні повноваження;
- грошові кошти, які присуджуються інвесторам за рішенням арбітражу, виплачуються тим, хто програв державою з власного бюджету, що безпосередньо може позначитися на добробуті населення;
- надані в арбітражному процесі докази можуть вказувати на ознаки правопорушень або злочинів з боку інвестора або посадової особи, що діяла від імені приймаючої держави, за вчинення яких вони повинні нести відповідальність у межах, встановлених відповідним законом;
- міжнародні інвестиційні суперечки часто пов'язані з невід'ємними правами людини (наприклад, з правом на сприятливе навколишнє середовище).

Отже, відкритість всіх процесів арбітражного розгляду і доступність всіх документів безпосередньо сприяють дотриманню інтересів невизначеного кола осіб, на яких буде впливати винесене арбітражне рішення.

2. Створення системи прецедентів міжнародного інвестиційного арбітражу (відповідно до доктрини «stare decisis»).

Як справедливо зазначив Г. Рускалла, «така система не може бути створена і тим більше не може розвиватися, якщо невідомо зміст раніше винесених рішень» [43, с. 12].

Говорячи про необхідність встановлення системи прецедентів в інвестиційному арбітражі, можна виділити три групи поглядів:

- а) така система не може бути встановлена та відсутня необхідність її застосування;
- б) прецеденти можуть застосовуватися, але виключно в рекомендаційних цілях;
- в) посилання на прецеденти обов'язкове.

Всі три групи знаходять своє відображення не тільки в наукових суперечках.

Серед основних тенденцій, пов'язаних з вирішенням міжнародних інвестиційних спорів, окремо варто виділити:

1. Розвиток інституту залучення до арбітражного розгляду третіх осіб (*amicus curiae*). Залучення третіх осіб до вирішення інвестиційних спорів переслідує кілька цілей:

- з'ясування положень інвестиційних договорів;
- виявлення зв'язків з можливими бенефіціарами, про які змовчала сторона спору;
- вказівка на фактичні або юридичні питання, які не були вивчені арбітрами.

Найчастіше в якості третіх осіб, які за згодою сторін спору залучаються арбітрами для надання роз'яснень по неоднозначного, суперечливого питання, виступають міжнародні організації, а також недержавні організації та об'єднання, які виражають думку відповідних соціальних груп і тим самим відстоюють суспільні інтереси.

Виходячи з аналізу ст. 4 - 5 Правил ЮНСІТРАЛ коло «*amicus curiae*» в даний час значно розширилося і до нього ставляться: міжнародні та

недержавні організації, а також фізичні особи («треті особи») з боку міжнародного інвестиційного договору, які не беруть участі в суперечці.

Подання подається третіми особами в письмовій формі. При цьому таке уявлення не повинно «порушувати або надмірно ускладнювати перебіг арбітражного розгляду або приводити до несправедливого обмеження інтересів будь-якої зі сторін спору» [6]. Сторони спору, відповідно, мають можливість висловлювати свої зауваження і спростовувати заявлені уявлення.

Однак деякі автори, аналізуючи практику розгляду справ на основі установок МЦУІС та положень Північноамериканської угоди про вільну торгівлю 1992 року, акцентують увагу на ряді недоліків, пов'язаних із залученням третіх осіб до розгляду спору, серед яких «вплив на неупередженість; політизація процесу; збільшення терміну розгляду справи і підвищення витрат, пов'язаних з наданням роз'яснень у справі» [36, с. 4].

Вплив на неупередженість виражається в тому, що уявлення третіх осіб часто повторюють аргументацію сторони спору, на користь якої вноситься таке уявлення; вказують на наявність публічного інтересу з метою вплинути на думку арбітрів, хоча такий інтерес, виходячи із сутності спору, може бути відсутнім.

Політизація процесу може бути пов'язана, наприклад, з залежністю третіх осіб від приймаючої держави, що бере участь в суперечці, яка може виражатися у фінансуванні державою, що приймає. Таким чином, перед арбітрами виникає додаткове завдання дотримувати економічні та політичні інтереси сторін.

Збільшення термінів та витрат безпосередньо пов'язане з необхідністю вивчити уявлення третіх осіб та заявити відповідні заперечення.

З метою недопущення подібних ситуацій Правилами ЮНСІТРАЛ передбачено обов'язок третіх осіб розкривати інформацію про свою зацікавленість, у чому б така зацікавленість ні виражалася, або про наявність інших зв'язків з однією зі сторін спору (п. 2 ст. 4). Такий обов'язок видається

виправданою і достатньою мірою, здатної забезпечити неупередженість арбітрів.

Отже, інститут «amicus curiae» повинен стати додатковим інструментом захисту публічних інтересів, а також значно вплинути не тільки на рівень прозорості арбітражного розгляду, а й на якість винесених арбітражних рішень з інвестиційних спорів.

У країнах, що розвиваються спостерігається поступова відмова від укладення міжнародних інвестиційних договорів, скорочення числа діючих угод і перехід до регулювання інвестиційних відносин на рівні національного права з наданням відповідних гарантій достатнього захисту прав інвесторів.

Таким чином, держави, які приймають прагнуть убезпечити себе від можливих недобросовісних дій з боку інвесторів.

На сьогоднішній день принцип прозорості включає в себе відкритість слухань, можливість залучення третіх осіб і опублікування всіх документів, пов'язаних з вирішенням інвестиційного спору за участю держави. Це дозволить забезпечити численні публічні інтереси, які поставлені таким спором, що слід розглядати як переваги міжнародного арбітражу.

Говорячи про дозвіл інвестиційних спорів за участю держав, слід очікувати від приймаючих держав поступового переходу до використання публічно-правових механізмів врегулювання інвестиційних суперечок і в той же час формування системи прецедентів, яка буде сприяти виробленню однакової практики і підвищенню стійкості інвестиційних відносин.

2.2. Міжнародно-договірні підстави міжнародних інвестиційних спорів.

В даний час міжнародні інвестиційні відносин регулюються багатосторонніми, двосторонніми та регіональними міжнародними договорами.

До універсальних міжнародних договорів в області інвестиційних відносин належить Вашингтонська конвенція 1965 року про порядок вирішення інвестиційних спорів (вступила в силу 14.10.1966 р) [45].

Даною Конвенції був створений спеціальний орган – Міжнародний центр по врегулюванню інвестиційних суперечок. До прийняття Конвенції такі суперечки потрапляли під юрисдикцію національних судів держав. Поява способу міжнародного вирішення інвестиційних спорів, безумовно, стало важливою гарантією прав іноземних інвесторів, так як забезпечувало їм незалежний та неупереджений розгляд суперечок між державою і приватним інвестором.

Місцезнаходженням Центру є штаб-квартира Міжнародного банку реконструкції та розвитку. Конвенція передбачає дозвіл інвестиційних суперечок між Договірними Державами та особами інших Договірних держав шляхом примирення і арбітражу (ст. 1 Конвенції).

Процедура примирення не носить обов'язкового характеру; на відміну від неї арбітражне рішення стає обов'язковим для сторін і не може бути оскаржене.

Юрисдикція Центру з врегулювання інвестиційних спорів може бути заснована тільки на письмовій угоді інвестора і держави, що приймає інвестиції, або на положеннях двосторонніх договорів про заохочення і взаємний захист капіталовкладень.

У 1978 р з метою розширення юрисдикції Центру з врегулювання інвестиційних суперечок були прийняті Правила про додаткові кошти механізму вирішення спору та процедури щодо встановлення фактів. Ці Правила дозволяють сторонам використовувати процедуру примирення або арбітражний розгляд для не передбачених Конвенцією суперечок між державами та інвесторами, зокрема в разі, коли держава - учасник спору не є учасником Конвенції.

Ще один багатосторонній міжнародний договір у сфері інвестиційних відносин - Сеульська конвенція 1985 року про заснування Багатостороннього

агентства по гарантіях інвестицій (вступила в силу в 1988 р) [3]. Даним документом було засновано Багатостороннє агентство по гарантіях інвестицій (БАГІ), яке має статус юридичної особи і є філією Міжнародного банку реконструкції та розвитку.

Завдання БАГІ - «стимулювати потік інвестицій в продуктивних цілях між країнами-членами і особливо в країни, що розвиваються, доповнюючи таким чином діяльність Міжнародного банку реконструкції та розвитку, Міжнародної фінансової корпорації та інших міжнародних фінансових установ розвитку».

Для досягнення цієї мети БАГІ надає гарантії, включаючи спільне і повторне страхування від некомерційних ризиків щодо інвестицій, здійснюваних в будь-якій країні-члені з інших країн-членів; а також проводить іншу діяльність зі сприяння потоку інвестицій в країни, що розвиваються-члени і між ними.

Згідно Сеульській конвенції гарантії БАГІ покривають такі ризики:

- 1) будь-яке введення з ініціативи приймаючого інвестиції держави обмежень на переказ за межі приймаючої країни її валюти в вільно використовувану валюту або іншу валюту, прийнятну для власника гарантії;
- 2) будь-законодавчі або адміністративні дії або бездіяльність, що виходить від приймаючої інвестиції держави, в наслідок якого власник гарантії позбавляється права власності над своїм капіталовкладенням, контролю над ним або суттєвого доходу від такого капіталовкладення;
- 3) будь-яка відмова приймаючої інвестиції держави від договору з власником гарантії або порушення такого договору у випадках, коли:
 - а) власник гарантії не має можливості звернутися до судового або арбітражного органу для винесення рішення за позовом про відмову від договору або його порушення;
 - б) такий орган не приймає рішення протягом розумного періоду часу, як це передбачено в договорах про гарантії відповідно до положень Агентства;
 - в) таке рішення не може бути здійснено;

4) війна і громадянські заворушення.

У кожній з двох наведених багатосторонніх конвенцій бере участь понад 100 держав, це свідчить про те, що держави зацікавлені в забезпеченні захисту іноземних інвестицій, а передбачені названими конвенціями способи вирішення спорів та гарантії є досить ефективними.

Як приклади регіональних міжнародних договорів (Учасниками яких стають, як правило, держави певного географічного регіону) в області інвестиційних відносин можна навести Угоду про співробітництво в галузі інвестиційної діяльності 1993 [4] і Конвенцію про захист прав інвестора 1997 року, підписані між країнами - членами СНД [5], а також Договір про Євразійський економічний союз [6] від 29.05.2014 р.

До двосторонніх міжнародних договорів відносяться угоди між державами, а також між державами та міжнародними організаціями, що регулюють відносини в області іноземних інвестицій. Відзначається, що тільки на двосторонній основі можна домогтися прийняття бажаних умов інвестиційного режиму і захисту інвестицій [9, с. 199].

Основний метод регулювання міждержавних відносин в області інвестицій, представляється доцільною розробка уніфікованого міжнародного акту, що визначає єдині принципи регулювання міжнародних інвестиційних відносин.

2.3. Договір до Енергетичної Хартії як модель глобального міжнародно-арбітражного механізму урегулювання інвестиційних спорів.

Енергетична Хартія сягає корінням в політичну ініціативу, що виникла в Європі на початку 1990-х років, у той час, коли кінець холодної війни надав безпрецедентну можливість подолати колишній економічний поділ європейського континенту. Ніде перспективи взаємовигідного співробітництва між Сходом та Заходом Були більш очевидними, ніж в енергетичному секторі.

Україна та багато хто з її сусідів були багаті природними ресурсами, але потребували великих інвестицій для забезпечення їх розробки, тоді як держави Західної Європи були стратегічно зацікавлені в диверсифікації джерел енергопостачання.

Тому існувала усвідомлена потреба в забезпеченні створення загальноновизнаної основи для розвитку енергетичного співробітництва між державами Євразії. На основі цих міркувань зародився процес Енергетичної Хартії.

Договір до Енергетичної Хартії (далі ДЕХ) є багатосторонньою основою для енергетичної співпраці, яка є унікальною в рамках міжнародного права; стратегічна цінність цих норм буде, очевидно, зростати в контексті зусиль зі створення правової основи глобальної енергетичної безпеки на основі принципів відкритих, конкурентних ринків та сталого розвитку.

У цієї доповіді ми докладніше зупинимося на положеннях договору щодо порядку розгляду спорів, а також на короткому аналізі основних застосовних форумів для вирішення таких суперечок та в цілому ряді супутніх питань.

Міжнародно-правовий аналіз ДЕХ 1994 р слід почати з того, що він містить положення, що стосуються заохочення та захист інвестицій в енергетичному секторі. Їх можна знайти в більшості двосторонніх угод про заохочення і взаємний захист капіталовкладень, в так званих двосторонніх інвестиційних договорах (ДІД), а саме: надання іноземним інвестиціям режиму найбільшого сприяння або національного режиму; виплату швидкої, достатньої та ефективною компенсації за будь-які експропрійовані активи; дозвіл іноземному інвестору вільно переводити з країни у вільно конвертованій валюті інвестований їм капітал і будь-які пов'язані з ним доходи і т.д.

У ДЕХ містяться положення, що стосуються інвестиційних угод, укладених між державами та іноземними підприємствами. Основні положення щодо договірних зобов'язань держав містяться в Ст. 10 (2) («Заохочення,

захист і режим капіталовкладень»), Ст. 13 («Експропріація іноземних інвестицій») і ст. 18 («Суверенітет над енергетичними ресурсами»).

ДЕХ регулює такі питання в інвестиційній сфері, як захист інвестицій на основі поширення національного режиму або режиму найбільшого сприяння (в залежності від того, який з них є найбільш сприятливим), захист від некомерційних (політичних) ризиків. Держава-учасник зберігає свої права щодо національних природних ресурсів, коли держава вважає, що цього вимагають інтереси суспільства, даний міжнародний договір допускає примусове вилучення іноземної власності.

ДЕХ лише передбачає, що якщо держава зробить це, то воно повинно виплатити компенсацію на узгоджених умовах іноземним інвесторам, постраждалим від таких дій держави.

ДЕХ також регулює дозвіл інвестиційних спорів та спорів між державами-учасниками. До речі, сукупність норм міжнародного права, що регулюють інвестиційні відносини, прийнято називати міжнародним інвестиційним правом (МІП). Цей термін набув широкого поширення в науці. МІП стверджує, що поняття правового статусу та захисту інвестицій, з одного боку, і інвестиційних гарантій - з іншого тісно пов'язані один з одним.

ДЕХ в цілому відповідає загальноприйнятим принципам, нормам і правилам міжнародного інвестиційного права. У розділі ст. 10 (1) передбачаються загальні юридичні рамки в зв'язку із заохоченням, захистом і режимом капіталовкладень, які аналогічні багатьом двостороннім інвестиційним договорам.

Право будь-якої держави на примусове вилучення іноземних інвестицій, приватної власності, що належить іноземним фізичним і юридичним особам, впливає з такого загальновизнаного принципу міжнародного права, як суверенітет держави. У міжнародному праві існує тенденція визнавати суспільну функцію власності. «Якщо експортери капіталу прагнуть в якомога ширшому обсязі застрахуватися від ризику, пов'язаного з націоналізацією, політичною нестабільністю і т.п., то країни-реципієнти піклуються про

усунення ризику економічного, політичного і ідеологічного характеру поневолення».

Положення про те, що кожна держава має право проводити націоналізацію іноземної власності, керуючись власними потребами, давно знайшло визнання в сучасній доктрині та судовій практиці різних держав.

Норми про примусове вилучення іноземних інвестицій є найважливішими положеннями, визначальними взаємовідносини держави і інвесторів, і лежать в основі регулювання інвестиційних відносин. У міжнародному інвестиційному праві застосовується різна термінологія: вилучення власності, націоналізація, експропріація, реквізиція, конфіскація та ін.

МПП вимагає, щоб вона проводилася:

- 1) в публічних цілях;
- 2) на недискримінаційній основі;
- 3) з виплатою компенсації;
- 4) відповідно до встановленого порядку.

Ст. 13. (Експропріація) ДЕХ містить аналогічні норми щодо примусового вилучення іноземних інвестицій: «капітали інвесторів країни - сторони Договору на території будь-якої іншої країни - сторони Договору не підлягають націоналізації, експропріації або міру або заходам, що мають наслідки, аналогічні націоналізації або експропріації, за винятком випадків, коли така експропріація здійснюється:

- а) з метою, яка відповідає державним інтересам;
- б) без дискримінації;
- в) з дотриманням належних правових процедур;
- г) одночасно з виплатою швидкої, достатньої та ефективної компенсації.

Пункт 1 статті 13 визначає поняття «Експропріація» як включає «націоналізацію».

Як видно з вищевикладеного, пункт

д) ставить жорсткіші умови відповідно до так званої доктрини Халла: одночасно з виплатою швидкої, достатньої та ефективної компенсації.

ДЕХ - перша багатостороння угода, в якій застосовується ця формула Халла.

Експропріація буває двох видів. В одному випадку майно інвестора переходить у власність держави (пряма експропріація). В іншому випадку майно інвестора не переходить у власність держави, але при цьому він втрачає контроль над своїм майном. Останній вид експропріації отримав в літературі назву непрямої, або повзучої експропріації. ДЕХ також охоплює заходи «повзучої експропріації».

У доктрині і міжнародній договірній практиці держав набуло широкого поширення положення про необхідність дотримання ряду умов при проведенні експропріації, для того щоб вона відповідала міжнародним правом.

Пункт 3 статті 13 Договору до Енергетичної хартії 1994 року передбачає, що експропріація охоплює ситуації, коли держава експропріює активи компанії або підприємства на своїй території, в яких інвестор будь-якої іншої країни має інвестиції, в тому числі у вигляді акцій.

Статтю 13 не можна розглядати поза контекстом інших положень ДЕХ. Дії, що представляють собою «експропріацію» по Ст. 13, можуть також бути порушенням положень ст. 10 про «заохочення, захисту і режимі капіталовкладень».

В останні роки в міжнародному інвестиційному праві формула Халла втратила своє первинне значення як передбачає абсолютний стандарт. Посилаючись на Керівні принципи МБРР щодо іноземних інвестицій, які не використовують формулу негайної, достатньої і дійсної компенсації. Замість неї там йдеться про «чесну або справедливої компенсації в обсязі, рівному цінності втраченої власності».

Крім того, не всі двосторонні інвестиційні договори (наприклад, з Австрією, Великобританією, Іспанією, Італією, Південною Кореєю і т.д.)

прямо вимагають, щоб можлива націоналізація супроводжувалася швидкою, адекватною та ефективною компенсацією. Загалом, формула Халла вразлива, оскільки вона не підкріплюється конкретними прикладами з рішень міжнародного інвестиційного арбітражу про виплату «негайної, повної та ефективною» компенсації.

Формула ДЕХ про «адекватну компенсацію» за «справедливою ринковою вартістю» дозволяє деякі проблеми, але в той же час створює і нові. Фактична оцінка вартості значних іноземних інвестицій є важким процесом. Для великих інвестицій або для інвестицій в політично або економічно нестабільних районах, часто через відсутність ринку, буває важко підрахувати «справедливу ринкову вартість», яка є лише орієнтиром.

Важливе значення для іноземного інвестора мають положення ДЕХ, що стосуються відшкодування збитків в результаті війни або іншого збройного конфлікту, введення надзвичайного стану, громадянських заворушень або інших аналогічних подій на території договірної сторони, що приймає інвестиції. Арбітражний механізм ДЕХ, що відноситься до вирішення спорів, зафіксований в статтях 26-28 (частини V). У них передбачаються окремі форми і методи вирішення спорів між державами та для суперечок між інвестором і державою-реципієнтом.

У будь-якому сучасному інвестиційному контракті міститься застереження про передачу суперечок, пов'язаних з ним, на дозвіл в міжнародний інвестиційний арбітраж. При цьому основна роль належить спеціалізованому арбітражу - Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів (МЦУІС). Вашингтонська конвенція 1965р., на підставі якої створено МЦУІС, ратифікована 159 країнами.

В останні роки проти країн, що розвиваються в інституційні центри та арбітражі ad hoc подані більше 35 міжнародних арбітражних позовів, і ще більше десяти позовів були подані від іноземних інвесторів проти держав з перехідною економікою, серед яких й деякі країни СНД. В останні роки в МЦУІС, чинному відповідно до Вашингтонської конвенції 1965 р в інших

інституційних арбітражних судах та разових судах ad hoc почали з'являтися справи про інвестиційні суперечках, в яких відповідачами є і держави-учасниці СНД: Україна, Казахстан, Узбекистан; а також колишній член СНД Грузія.

І по лінії ДЕХ спостерігається виразна тенденція до зростання інвестиційних суперечок в міжнародних інституційних арбітражних судах і арбітражних судах ad hoc. Зазначені міжнародно-правові механізми вирішення інвестиційних спорів становлять міжнародний інвестиційний арбітраж.

Після вступу в силу ДЕХ 16 квітня 1998 року вісімнадцять інвестиційних суперечок були передані на врегулювання за правилами цього договору. На даний момент більше п'ятнадцяти позовів по ДЕХ знаходяться на розгляді, два спору були врегульовані за згодою сторін, у двох справах були винесені арбітражні рішення. Найчастіше відповідачами в міжнародних арбітражних судах, як і раніше виступають країни Центральної та Латинської Америки. Але тепер, схоже, за ними слідують країни СНД.

У 2007 році міжнародний арбітражний суд вперше розглянув питання про те, чи можна залучити країну до відповідальності за порушення інвестиційних гарантій ДЕХ в період тимчасового застосування.

Отже, основні засоби міжнародно-правового захисту інвестицій передбачені в розділі ст. 26 ДЕХ. Вперше в історії міжнародно-арбітражного врегулювання інвестиційних суперечок ст. 26 ДЕХ різко розширює арбітражну юрисдикцію в сфері міжнародних економічних відносин. В принципі, будь-яка скарга будь-якої іноземної енергетичної компанії на те, що воно постраждало від дій державного органу, може привести до початку арбітражної процедури проти будь-якої держави - учасника, і навіть проти Європейського Союзу (ЄС) в цілому.

Міжнародно-правовий аналіз відповідних положень ДЕХ свідчить про те, що цей багатосторонній договір закріпив новий спосіб встановлення

прямого арбітражу для приватних інвесторів, незалежно від положень конкретного арбітражного угоди.

Висновки до розділу. Позичювання країн в системі енергоекономічних та екологоекономічних координат сталого розвитку залежить переважно від двох факторів: структури енергетичного, у т.ч. електричного балансу та від рівня розвитку енерготехнологій (спалювання органічних видів палива).

На закінчення варто підкреслити, що в будь-якому випадку ДЕХ є унікальним, надзвичайним та потужним інструментом для тих, хто має відношення до енергетичного сектору.

Механізм вирішення спорів, передбачений ДЕХ, пропонує багато варіантів, які зацікавлена сторона може вибрати. Це може бути передбачений контрактом арбітражний форум або національний суд, в разі ж відсутності вибору в контракті - арбітраж на вибір сторін (ІКСИД, Арбітражний інститут Торгової палати Стокгольма або ad hoc арбітраж по Регламенту UNCITRAL).

Виходячи з викладеного вище, можна зробити висновок про те, що ДЕХ встановив рівновагу між інтересами іноземних інвесторів та держав-реципієнтів, що сприяє забезпеченню правової стабільності та дозволяє в достатній мірі забезпечити прояв дійсних державних інтересів країн. Цей баланс напевно може бути найкращим чином дотримано міжнародним арбітражним судом при розгляді конкретних справ. Сторони, які беруть участь в ДЕХ, повинні визначити правову міру безпеки, що вимагається для інвестиційних контрактів, з метою заохочення іноземних інвестицій в освоєнні енергетичних ресурсів.

Безумовно, ДЕХ в сьогоденшньому вигляді має певні особливості, які завжди варто враховувати.

РОЗДІЛ 3

ДОСЛІДЖЕННЯ АРБИТРАЖНИХ ПРОЦЕДУР, ЩО ВИКОРИСТОВУЮТЬСЯ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ

3.1. Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних суперечок МЦУІС

Важливими складовими здійснення іноземного інвестування є як можливість здійснення захисту своїх інвестицій особою, що здійснює міжнародну інвестиційну діяльність, так і можливість приймаючої держави здійснити захист своїх прав унаслідок неправомірних дій чи бездіяльності зі сторони такого іноземного інвестора.

Донедавна термін «міжнародний спір» вважався синонімом спору між державами, а ідея запровадження міжнародних механізмів вирішення спорів між державами та приватними особами розглядалася як втручання у сферу виключної внутрішньої компетенції держави й тому принципово не приймалася багатьма державами.

Ситуація кардинально змінилась у другій половині ХХ століття, коли надзвичайно зросли кількість і розмаїття міжнародних контактів і, відповідно, нових типів спорів. Специфіка інвестиційних спорів обумовлена зіткненням

приватного і публічного права, що створює науковий і практичний інтерес для його дослідження.

Під інвестиційними спорами в широкому сенсі розуміють будь-які спори, пов'язані з інвестиціями (економічного, технічного, технологічного, адміністративного, правового характеру і т. д.). В українському законодавстві термін «інвестиційний спір» не використовується, проте він має кваліфікуючі ознаки, а саме: особливий склад учасників спору (інвестор – обов'язковий учасник), специфіку предмета (пов'язані з інвестиційною діяльністю), особливий порядок його врегулювання. Визначаючи способи розв'язання інвестиційних спорів, слід зазначити, що за відсутності офіційних угод спір між іноземним інвестором і приймаючою державою розглядається судом такої держави. Також раніше часто застосовувався дипломатичний спосіб захисту для вирішення інвестиційних спорів (як шляхом переговорів, так і в судовому порядку) [18, с. 787].

Такі механізми вирішення міжнародних інвестиційних спорів не є ефективними і з часом втратили свою актуальність. Говорячи про розгляд інвестиційного спору судом приймаючої держави, слід вказати на такі недоліки:

- 1) при вирішенні спору суд зазвичай керується внутрішнім законодавством, яке досить часто є незрозумілим для інвестора й обтяжує його права;

- 2) міжнародні інвестиційні спори переважно є досить складними, і судді не можуть досконало розібратися в деталях справи, що може призвести до винесення ними несправедливого рішення (серед причин – надмірна завантаженість суддів, низький професійний рівень тощо);

- 3) приймаюча держава через різноманітні механізми адміністративного впливу може досить легко «повернути» рішення суду на свою користь. Якщо говорити про дипломатичний захист, то головним недоліком є те, що такий метод захисту накладає відбиток на дипломатичні відносини між державами й виходить за рамки відносин «інвестор – держава». Тобто такий механізм несе

в собі політичні ризики, що не є ні предметом, ні об'єктом інвестиційного спору.

З розвитком механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів міжнародна спільнота схилилася до позиції, що такі спори було б доцільно розглядати в порядку міжнародного арбітражу, і згодом було створено Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (далі – МЦВІС), який тепер розглядає переважну більшість спорів, що виникають при здійсненні міжнародної інвестиційної діяльності. Серед переваг вирішення міжнародних інвестиційних спорів у порядку арбітражу є надання сторонам можливості вибору арбітрів, що будуть розглядати спір, які є незалежними, неупередженими та володіють високим рівнем професіоналізму в конкретній сфері відносин, а також конфіденційність такого процесу, чіткість і зрозумілість правил, прозорість розгляду спору. Було відзначено, що такий напрям подальшого розвитку механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів є деполітизацією цієї сфери та своєрідним внеском у подальший розвиток інвестиційної діяльності [15, с. 3].

Зі збільшенням кількості інвестиційних угод і розширенням інвестиційної діяльності почала виникати значна кількість інвестиційних спорів, переважна більшість яких передавалася на розгляд у порядку міжнародного арбітражу, зокрема до МЦВІС. Не завжди сторони погоджувалися як із процедурними питаннями, так і з результатами розгляду справ у цілому, що свідчить про наявність певних проблем у нинішньому механізмі. Як приклад наявності проблем у цій сфері можна навести події, що відбулися в Болівії, Еквадорі та Венесуелі, які денонсували згоду на приєднання до Вашингтонської конвенції 1965 р. (Болівія – у 2007 р., Еквадор – 2009 р., Венесуела – 2012 р.) [13].

Латиноамериканські цивілісти серед причин денонсації називають такі: МЦВІС у його сучасному вигляді не є справедливим, незалежним і збалансованим інститутом для вирішення інвестиційних спорів; рішення МЦВІС суперечать Конституціям, законам та інтересам окремих держав;

майже всі спори виносяться на користь інвесторів (станом на 2012 р. із 234 інвестиційних спорів лише по 2 рішення були винесені на користь держав) [24].

Звісно, без додаткових досліджень, аналізу обставин справ та аргументації рішень не можна говорити про необ'єктивність чи упередженість окремих арбітрів, але наявність проблем у цій сфері є безперечним фактом. Проблематика у сфері вирішення міжнародних інвестиційних спорів також полягає в тому, що на сьогодні не існує єдиного універсального міжнародно-правового механізму вирішення інвестиційних спорів, хоча останнім часом у різних державах озвучуються пропозиції створити єдиний міжнародний суд з вирішення інвестиційних спорів [5], де справи розглядалися б суддями (не арбітрами) з різних юрисдикцій, до яких би висувалися окремі вимоги (не брати участь у юридичних консультаціях, суд – єдине місце роботи, високий професійний рівень і т. д.).

Також лунають думки про доцільність створення апеляційної інстанції для розгляду рішень арбітражних трибуналів як у рамках МЦВІС, так і поза ним [36]. Це має привести до зростання ефективності системи вирішення спорів між державою та іноземним інвестором, підвищення якості прийнятих рішень, розроблення єдиних для всіх зрозумілих правил вирішення таких спорів (своєрідного процесуального кодексу для вирішення міжнародних інвестиційних спорів).

Беручи до уваги статистику, а саме те, що рішення майже по всіх міжнародних інвестиційних спорах виносяться на користь інвестора, а не держави, досить чітко прослідковуємо проблематику балансу. Щоб збільшити вірогідність прийняття обґрунтованого й об'єктивного рішення, а також надати можливість сторонам іще раз пересвідчитись у його правильності чи, навпаки, його спростуванні, здається доцільним і цілком можливим забезпечити такий баланс шляхом поєднання наданих провідними науковцями й практиками пропозицій.

Як уже згадувалося вище, одним зі шляхів для подолання проблематики пропонується створення апеляційної інстанції при МЦВІС та при інших установах, що вирішують міжнародні інвестиційні спори. Також лунають пропозиції щодо створення постійно діючого суду з вирішення міжнародних інвестиційних спорів. Тож для подолання проблематики в цій сфері можна об'єднати згадані пропозиції та прийняти компромісне рішення, змістом якого є створення постійно діючого суду з вирішення міжнародних інвестиційних спорів, який би виступав як апеляційна інстанція щодо всіх суб'єктів вирішення таких спорів.

3.2. Арбітражні справи за участю України

Однією з найважливіших передумов розвитку економіки, в тому числі і української, є залучення інвестицій. Для залучення інвестицій, особливо іноземних, потрібен сприятливий інвестиційний клімат. Досить часто в різних джерелах зустрічається думка про високий інвестиційний потенціал України, але він супроводжується і високим ризиками. Деяких інвесторів приваблює і таке поєднання, але вони хочуть мати можливість захищати свої інвестиції у разі виникнення несприятливих обставин.

Група Світового банку є одним з найбільш впливових інституційних інвесторів, поряд із Міжнародним валютним фондом. Тому не дивно, що під егідою Світового банку функціонують такі організації як Багатостороннє агентство гарантій інвестицій (БАГІ) та Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів, діяльність яких спрямована на захист прав інвесторів, особливо якщо вони спрямовують інвестиції у інвестиційно-нестабільні країни.

Крім того в рамках Світового банку проводиться оцінка інвестиційної привабливості країн, в тому числі в рейтингу створеному Світовим Банком,

що характеризує сприятливість умов ведення бізнесу (Doing Business) Україна в 2017 р. посіла 80 місце, це великий крок вперед оскільки в 2011 р. Україна займала лише 152 місце [35].

Цей факт є наслідком позитивного оцінювання Світовим Банком реформ, що проводяться в Україні. Правда є і інші рейтинги, які оцінюють Україну за іншими критеріями і позиція України в них не така безхмарна, наприклад за рейтингами інвестиційної привабливості Україна відкотилася назад на кілька сходинок.

Для захисту іноземного інвестування у 1965 р. за ініціативою Світового банку була підписана «Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» її ще називають Вашингтонською конвенцією, а шляхом її підписання у 1966 р. був створений Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів (МЦВІС). Наразі до Конвенції приєдналися вже 161 країна [29].

Україна ратифікувала цю Конвенцію у 2000 р.. Наразі МЦВІС вже розглянув 408 справ та розглядає ще 224 справи, разом 632. Серед них 15 де відповідачем є Україна. І в цьому немає нічого дивного, оскільки постійні зміни в політичному, економічному і правовому полі України створюють певні незручності інвесторам, а інколи і взагалі призводять до значних збитків. Звісно, інвестор може звертатися за захистом і до інших установ.

Сьогодні досить часто звертаються до національних судових установ, інституційних міжнародних арбітражів та до ЄСПЛ. Але у випадках, коли у інвестора немає довіри до національного суду і він має достатньо коштів для захисту своїх інтересів в незалежних міжнародних інституціях, він може звертатися до МЦВІС.

Для цього необхідне виконання кількох умов. Відповідно до частини 1 статті 25 Конвенції, компетенція МЦВІС поширюється на такі спори: по-перше, правовий спір має виникати безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, по-друге сторонами спору мають бути Договірною державою та фізична чи юридична особа іншої Договірної держави, і, по-третє, сторони

спору повинні дати письмову згоду на його передачу до Центру. Після надання згоди, сторони не можуть в односторонньому порядку відмовитися від неї [33].

Тільки за виконання всіх цих умов, Центр може вирішувати такий спір. В певних випадках, коли міжнародні договори, наприклад, двосторонні договори про захист інвестицій або договірні держави, навіть вимагають виконання умови вичерпності. Тобто спочатку мають бути вичерпані можливості врегулювання спору в судовому порядку, перш ніж звертатися до МЦВІС. Прикладом такої умови може служити стаття 7 Угоди між Україною та Канадою про сприяння та захист інвестицій, яка допускає безпосереднє звернення до МЦВІС за умови, що зацікавлений інвестор попередньо передав спір на розгляд суду приймаючої сторони – учасника спору і остаточне рішення не було прийнято протягом року[40].

Вирішення спору може відбуватися двома шляхами залежно від волі сторін. Перший шлях, це ініціація примирювальної процедури, за якої МЦВІС призначає посередників. Другий шлях це арбітражне вирішення. Незалежно від вибору процедури, МЦВІС самостійно вирішує питання своєї компетенції щодо спору.

При примирювальній процедурі це робить Комісія, а при арбітражній процедурі Арбітраж, відповідно до Конвенції. У справі *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine* у 2000 р. сторони дійшли мирової, яка не передбачала грошову компенсацію позивачу, за цією угодою Україні мала максимально сприяти наданню ліцензії на радіомовлення «Гала Радіо» в певних містах України, а також запропонувати 3 місця на основах оренди для відкриття салонів краси.

У справі *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine II* порушеної пізніше у 2006 р. позивач скаржився на невиконання мирової угоди укладеної у 2000 р., про систематичне перешкоджання роботі радіокомпанії, шляхом проведення позапланових перевірок, а також порушення Україною двосторонньої угоди про захист інвестицій або *Bilateral Investment Treaty* (далі – ВІТ) між Україною і США (нагадаю, що Джозеф Лемір є громадянином США). МЦВІС

виніс рішення яким зобов'язав Україну виплатити компенсацію за порушення ВІТ та компенсацію понесених в процесі розгляду в МЦВІС витрат. Разом сума склала майже 10 млн доларів США. Україна намагалася анулювати це рішення, але Арбітраж залишив його в силі [45].

Справа *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*. У цій справі американський інвестор наполягав на тому, що Україна знищила його інвестицію в комерційну нерухомість в м. Київ та повинна компенсувати йому 9,4 млрд. доларів США. Вибравши земельну ділянку для здійснення інвестиції, інвестор протягом шести років не міг реалізувати будівельний проект через дії органів місцевої влади.

Позиція України полягала у тому, що трибунал не повинен розглядати спір, а також зауважила той факт, що інвестор не довів настання збитків. Арбітраж відхилив позов повністю і зобов'язав інвестора відшкодувати витрати, понесені Україною в розмірі 365 тис. доларів США.

Справа *Tokios Tokeles v. Ukraine* одна з найвідоміших справ у міжнародному праві (*foundation cases*), через підняття у цій справі цілого кола питань щодо компетенції МЦВІС та питання експропріації. Справа стосувалася інвестицій литовської компанії в українське підприємство «Такі справи». Основною сферою діяльності інвестора була діяльність у галузях реклами та видавництва.

Арбітраж більшістю все ж визнав себе компетентними в розгляді даної справи, незалежно від аргументів України, що по суті інвестор не був іноземним, тому дія Конвенції і відповідно компетенція арбітражу не має нього розповсюджуватись. Арбітраж не виявив в діях України порушення статті 5 ВІТ між Україною та Литвою, тобто факт експропріації не встановлено, але певні дрібні порушення з боку України все ж були.

Ціна позову становила близько 65 млн. дол. США, однак розгляд справи закінчилося винесенням рішення в інтересах України, позов був відхилений. Процесуальні витрати МЦВІС постановили поділити між сторонами спору [36].

Справа *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine* WNISEF – американський фонд прямого інвестування, який співпрацює з малими і середніми приватними підприємствами в Україні та Молдові. WNISEF інвестував 4,2 млн. дол. США в обмін на 46% акцій української компанії. В результаті винесеного рішення українським судом інвестор стверджував, що він втратив значну частину інвестицій. Також українськими судами було відмовлено у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення. Саме ці дві обставини і стали основою для направлення позову до ICSID. Україна і інвестор врегулювали суперечку 26 травня 2006 р. [37].

Подробиці врегулювання залишаються конфіденційними, а фонд продовжує свою інвестиційну діяльність в Україні. В тому числі вони були інвесторами створення програми ProZorro.

Справа *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*. У своєму рішенні МЦВІС частково задовольнив вимоги позивача та визнав порушення Україною окремих положень ВІТ між Україною і Австрією. Була визнана експропріація інвестицій позивача без належної компенсації (ст. 4 частина 1 ВІТ) та порушення рівноправного режиму захисту інвестицій (ст. 2 ч.1 ВІТ).

За рішенням МЦВІС Україна мала виплатити компенсацію у розмірі 5,250 млн. доларів США[8] та компенсувати витрати понесені на розгляд справи в Центрі. Це рішення МЦВІС Україна виконала. Але 23 травня 2012 р. господарський суд міста Києва виніс рішення у справі № 17/434, яким визнав один з договорів про спільну діяльність між компанією Alpha Projektholding GmbH і Готелем та додаткових угод до нього недійсними, оскільки, на думку суду, вони суперечили чинному на той період ЦК УРСР і Закону України «Про інвестиційну діяльність» [39].

Справа *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/08/8) арбітраж частково задовольнив позовні вимоги позивачів і встановив, що Україна порушила свої зобов'язання за ВІТ Україна-Німеччина в частині справедливого поводження з інвестиціями. Також Україна провадила безпідставні та дискримінаційні заходи. Зазначені

порушення стали результатом заборони Міністерства аграрної політики України на вихід за межі територіальних вод України судна «Херсонес», який перебував у спільній експлуатації Керченського державного морського технологічного інституту та компанії Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH.

Арбітраж зазначив, що мотив заборони не має значення, оскільки важливим є те, що односторонній акт, виданий державним органом, спричинив значні збитки інвестору і державою не було сплачено жодної компенсації. Арбітраж виніс рішення, в якому постановив виплатити компенсацію в розмірі трохи більше 3 млн. доларів США, при тому що позовні вимоги склали 13 млн. доларів США [40].

Справа Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise. Аргументи Bosh International були відхилені. Вони полягали у тому, що держава має відповідати за дії університету, але ж університет – це окрема юридична особа, яка не виконує функції держави і не підпадає під поняття «державного органу». В&P стверджував, що контракт було порушено університетом і його вимоги підпадали під сферу регулювання ВІТ і це був спір між інвестором і державною структурою.

Арбітраж визначив, що «парасолькова клаузула» у ВІТ між США та Україною застосовується лише до сторін ВІТ, і утворення, які не є державою, можуть вважатися сторонами ВІТ тільки якщо певні дії такого утворення можуть вважатися такими, що належать державі. Оскільки дії університету не підпадають під ці умови, «парасолькова клаузула» не може застосовуватися до контракту між університетом і інвестором. До того ж трибунал вказав, що навіть якби контрактна вимога покривалася «парасольковою клаузулою», трибунал не зміг би її розглянути, адже позивач мав діяти відповідно до положення про вирішення спору в контракті [41].

Справа GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine. МЦВІС встановив, що арбітражне рішення про відшкодування боргу (згідно договору, що розглядається як інвестиція) саме по собі не є інвестицією. Крім того, було

постановлено, що невжиття заходів щодо виконання рішення може становити експропріацію тільки коли дії національних судів є явними або умисними і мають на меті зірвати здатність до відшкодування. Позивачу було присуджено відшкодувати всі арбітражні витрати держави Україна, а це склало більше 1,5 млн доларів США [12].

Справа *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. V. Ukraine*. Арбітражний трибунал ICSID відхилив позов після подання Україною заперечень на підставі Правила 41 (5) Регламенту ICSID (включене в Регламент у 2006 р.). Воно дозволяє сторонам заявляти заперечення, у зв'язку з очевидною відсутністю обґрунтованості позовних вимог протягом 30 днів після формування арбітражного складу. Заява була подана двома американськими компаніями, що займаються експортом м'яса й курятини. Загальна сума позовних вимог становила близько 35 мільйонів доларів США.

Таким чином представники України заявили заперечення щодо юрисдикції ICSID, посилаючись на те, що заявлені вимоги впливають із міжнародного контракту купівлі-продажу, а позивачами не здійснювалися інвестиції в Україну в розумінні статті 1 ВІТ між Україною й США, а також статті 25 Вашингтонської конвенції 1965 р.

Арбітраж погодився із запереченнями України, що МЦВІС не має юрисдикції для вирішення даного спору. Визначним є те, що зазначене рішення ICSID у справі ARB/09/11 стало першим рішенням, яким були відхилені вимоги позивача на підставі Правила 41 (5) [13]. Справа *Poltava Gas V.V. and Poltava Petroleum Company* також отримала своє завершення. Вона припинена генеральним секретарем МЦВІС відповідно до правила 43(1) Регламенту МЦВІС [14].

Зараз на розгляді у МЦВІС перебуває 4 справи -

Emergofin B.V. and Velbay Holdings Ltd. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/16/35).

Висновки до розділу 3. З розвитком механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів міжнародна спільнота схилилася до позиції, що такі спори було б доцільно розглядати в порядку міжнародного арбітражу, і згодом було створено Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (далі – МЦВІС), який тепер розглядає переважну більшість спорів, що виникають при здійсненні міжнародної інвестиційної діяльності.

Зі збільшенням кількості інвестиційних угод і розширенням інвестиційної діяльності почала виникати значна кількість інвестиційних спорів, переважна більшість яких передавалася на розгляд у порядку міжнародного арбітражу, зокрема до МЦВІС.

Проаналізувавши справи, які розглядалися в МЦВІС проти України можна зробити кілька висновків. З одного боку практика показує певну успішність України як відповідача, а з іншого боку сама наявність цих справ демонструє не надто здоровий інвестиційний клімат в Україні. Треба ще вразовувати, що не тільки МЦВІС розглядає інвестиційні спори.

ВИСНОВКИ

Таким чином розглянувши Міжнародно-правовий механізм врегулювання інвестиційних спорів, можемо зробити наступні висновки узагальнення та пропозиції:

1. Історія міжнародно-правового регулювання міжнародних економічних відносин є частиною історії міжнародного права та його науки і ділиться на періоди, відповідні основних типів виробничих відносин, протягом яких виникли та існують держави.

Механізм правового регулювання іноземних інвестицій становить сукупність норм та правил міжнародного права й національного права, які визначають правовий статус іноземних інвестицій. В умовах розширення нормативної системи міжнародного права його норми регулюють не тільки міждержавні відносини, а й регламентують статус та діяльність юридичних осіб відповідно до загальних інтересів держави.

2. У практиці різних держав під впливом відповідних норм міжнародного публічного права утвердилося досить широке визначення

інвестиційних суперечок як суперечок, що виникають із відносин, з приводу капіталовкладень між приймаючими державами та приватними особами іноземних держав, при цьому останні розглядаються в приймаючій державі в якості інвесторів.

Міжнародні інвестиційні суперечки відрізняються змішаним суб'єктним складом, часто в ролі позивача виступає приватний іноземний інвестор, а в якості відповідача - держава - реципієнт капіталу. Механізм вирішення інвестиційних спорів передбачається в двосторонніх угодах про заохочення та взаємний захист капіталовкладень.

3. Так, за характером вимоги інвестиційні суперечки можна розділити на приватно-правові, публічно-правові, змішані. Прикладом публічно-правових спорів можуть бути суперечки, що виникають у зв'язку з оподаткуванням інвестиційної діяльності.

По підставі виникнення інвестиційні суперечки можна розділити на дві групи. До першої групи належать спори, пов'язані з односторонніми суверенними актами держави щодо втручання в інвестиційну діяльність, - зміна умов здійснення інвестиційної діяльності через зміни в законодавстві (зміна податкових ставок, внесення в односторонньому порядку змін до угоди про розподіл продукції і т.д.), надання фіскальних пільг і привілеїв.

4. Говорячи про дозвіл інвестиційних спорів за участю держав, слід очікувати від приймаючих держав поступового переходу до використання публічно-правових механізмів врегулювання інвестиційних суперечок і в той же час формування системи прецедентів, яка буде сприяти виробленню однакової практики і підвищенню стійкості інвестиційних відносин.

5. В даний час міжнародні інвестиційні відносин регулюються багатосторонніми, двосторонніми та регіональними міжнародними договорами. До універсальних міжнародних договорів в області інвестиційних відносин належить Вашингтонська конвенція 1965 року про порядок вирішення інвестиційних спорів (вступила в силу 14.10.1966 р).

До двосторонніх міжнародних договорів відносяться угоди між державами, а також між державами та міжнародними організаціями, що регулюють відносини в області іноземних інвестицій. Відзначається, що тільки на двосторонній основі можна домогтися прийняття бажаних умов інвестиційного режиму і захисту інвестицій.

Основний метод регулювання міждержавних відносин в області інвестицій, представляється доцільною розробка уніфікованого міжнародного акту, що визначає єдині принципи регулювання міжнародних інвестиційних відносин.

6. Механізм вирішення спорів, передбачений ДЕХ, пропонує багато варіантів, які зацікавлена сторона може вибрати. Це може бути передбачений контрактом арбітражний форум або національний суд, в разі ж відсутності вибору в контракті - арбітраж на вибір сторін (ІКСИД, Арбітражний інститут Торгової палати Стокгольма або ad hoc арбітраж по Регламенту UNCITRAL).

Виходячи з викладеного вище, можна зробити висновок про те, що ДЕХ встановив рівновагу між інтересами іноземних інвесторів та держав-реципієнтів, що сприяє забезпеченню правової стабільності та дозволяє в достатній мірі забезпечити прояв дійсних державних інтересів країн.

7. Враховуючи викладене вище, можна зробити висновок про необхідність більш глибокого вивчення системи міжнародного співробітництва держав з метою уніфікації правового регулювання вирішення міжнародних інвестиційних спорів, формулювання науково обґрунтованих пропозицій і рекомендацій для вдосконалення механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів. Слід узяти до уваги ідеї провідних світових науковців і практиків у сфері вирішення міжнародних інвестиційних спорів, звернути увагу на позиції представників країн, що денонсували згоду на приєднання до Вашингтонської конвенції 1965 року, і розробити пропозиції для вдосконалення сучасних механізмів вирішення міжнародних інвестиційних спорів як через реформування вже наявних, так і шляхом створення альтернативних. Здається доцільним поєднати провідні ідеї

найавторитетніших вчених і практиків щодо подолання проблематики у сфері вирішення міжнародних інвестиційних спорів і створити постійно діючий суд з вирішення міжнародних інвестиційних спорів, який виступатиме в ролі апеляційної інстанції щодо інших суб'єктів вирішення таких спорів, у тому числі МЦВІС.

8. Для України важливо залучати іноземні інвестиції, тому потрібно запровадити чіткі і зрозумілі механізми співпраці з інвесторами, знизити вплив на них волі окремих представників бюрократичної системи. Впровадити справедливі правила, що забезпечили б відсутність дискримінації іноземного інвестора. В цілому, забезпечити виконання Україною своїх зобов'язань перед іноземними інвесторами в повному обсязі, для встановлення плідного і взаємовигідного співробітництва між державою і інвестором. Крім того МЦВІС є не тільки механізмом захисту інвесторів від держави, а і держави від недобросовісних інвесторів, що наглядно демонструє практика України. Треба також зазначити, що вартість розгляду спору в МЦВІС досить висока і необхідно мати ресурси для того, щоб продовж розгляду справи утримувати цілу команду юристів, як правило з іменитих юридичних фірм, вартість послуг яких може виснажити фонди позивача. На останок необхідно згадати також про визнання і виконання рішень МЦВІС. Коли розробляли Конвенцію МЦВІС мав отримати максимальну автономію, і не залежати від національних судових систем, тому рішення МЦВІС мають зобов'язуючий характер, але для виконання рішень все одно необхідне звернення до національних судів. Тому необхідно підтримувати їх об'єктивність і неупередженість.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ануфрієва Л.П. Міжнародне приватне право У 3-х т. Том 2. Особлива частина: навч. - 2-е вид. перераб. і доп. - М.: Изд-во БЕК, 2012. - 656 с.
2. Бахин С.В., Галенская Л.Н., Іваненко В.С. Енциклопедія міжнародних організацій. Т. 1. Міжнародні міжурядові організації. - СПб, 2013. - 524 с.
3. Волова, Л.І. Механізм вирішення міжнародних інвестиційних спорів // TERRA ECONOMICUS. 2010. № 1. С. 80-86.
4. Вельямінов, Г.М. Міжнародне економічне право і процес (академічний курс). М.: ВолтерсКлувер, 2014. 478 с.
5. Волова Л.І. Становлення міжнародного режиму іноземних інвестицій. – TERRA ECONOMICUS. 2017, № 9 (4). С. 116-121.

6. Галаган Д. Реформування механізму захисту іноземних інвестицій: перехід від арбітражної до судової системи // Мости. International Centre of Trade and Sustainable Development. 2016. Vol. 9. N 6. URL: <http://ru.ictsd.org/>.
7. Договор о Евразийском экономическом союзе. URL: www.pravo.gov.ru (дата обращения: 14.02.2015).
8. Договір до Енергетичної Хартії та Заключний акт до нього, Протокол до Енергетичної Хартії з питань енергетичної ефективності і суміжних екологічних аспектів від 17 грудня 1994 р. (ратифікований Законом України від 6 лютого 1998 р. № 89/98-ВР) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.energsovet.ru
9. Дороніна Н.Г. Принципи регулювання як джерело тлумачення норми права (на прикладі двосторонніх угод про захист капіталовкладень). - Журнал російського права. №4 (5). 2016. - С. 123-128.
10. Європейська інтеграція України: поточна ситуація, завдання та пріоритети державної політики: мат. засідання «круглого столу» / за заг. ред. О. В. Снігир. – К.: НІСД, 2018. – 64 с.
11. Ібрагімов А.М. Міжнародно-правові гарантії в сфері захисту іноземних інвестицій // МЖМП. - 2011. - № 2 (82). - С. 135-140.
12. Ковальов А.А. Міжнародно-правове регулювання іноземних інвестицій. Рецензія на монографію: Фархутдінова І.З. Іноземні інвестиції та міжнародне право // МЖМП. - 2013. - № 2 (50). - С. 294.
13. Котов, А.С. Міжнародно-правове регулювання інвестиційних суперечок: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / А.С. Котов; акад. наук: ін-т д-ви і права - М., 2009. - 30 с.
14. Кауракова М.В. Двосторонні інвестиційні угоди. Проблеми міжнародного приватного права. - Право і інвестиції. № 1-2 (51), 2013. - С. 82-84.
15. Лабіну Д.К. Міжнародно-правове регулювання іноземних інвестицій. М.: Грааль, 2017. - 380 с.

- 16.Лисиця В.Н. Правове регулювання інвестиційних відносин: теорія, законодавство і практика застосування. Новосибірськ., 2016. - 466 с.
- 17.Лісовський В.І. Правове регулювання міжнародних економічних відносин: навч. посібник. - М.: Вища. шк., 2014. - 191 с.
- 18.Любашенко В. І. Міжнародне інвестиційне право: навчально-методичний посібник / В. І. Любашенко, К. В. Громовенко. – Одеса: Фенікс, 2018. – 125 с.
- 19.Міжнародні інвестиції та міжнародні закупівлі / Под ред. Засл. деят. науки д.е.н., проф. В.Є. Єсипова: навч. посібник. - СПб.: Вид-во СПбГУЕФ, 2018. - 313 с.
- 20.Міжнародно-правове регулювання інвестиційної діяльності: теорія та практика: автореф. канд. диссер. — Київ, 2018. — С. 14.
- 21.Миронова О.А. Про нові тенденції розвитку системи міжнародного права. - Огарьов-онлайн. № 13 (78)., 2016. - С. 1-8.
- 22.Международный инвестиционный арбитраж: Учебное пособие / А.А. Данельян, И.З. Фархутдинов. — М.; СПб., Центр гуманитарных инициатив, 2013. — 356 с.
- 23.Марракешська угода про створення Світової організації торгівлі 1994 року. URL: <http://www.pravo.gov.ru>.
- 24.Правила ЮНСІТРАЛ про прозорість в контексті арбітражних розглядів між інвесторами та державами на основі міжнародних договорів від 01.04.2014: прийняті відповідно до Резолюції N 68/109 Генеральної Асамблеї ООН.
- 25.Оцінка впливу Угоди про асоціацію/ЗВТ між Україною та ЄС на економіку України: наукова доповідь/за ред. акад. В.М. Гейця, чл.- кор. НААН України, д-ра екон. наук Т.О. Осташко, чл.-кор.НАН України, д-ра екон. наук Шинкарук Л.В.; НАН України, ДУ «Ін-т екон. та прогнозів. НАН України». – К., 2017. – 102 с.

- 26.Разрешение международных инвестиционных споров в системе способов защиты прав частных инвесторов [Электронный ресурс] / Фролкина // Современное право .— 2014 .— №6 .— С. 117-122 .
- 27.Соглашения о защите и поощрении капиталовложений : сборник документов / под ред. Ю.Ю. Берестнева М., 2012.
- 28.Сеульская конвенция об учреждении МАГИ 1985 г. // Вестник ВАС РФ. 2011. №7 (специальное приложение). С. 92—114.
- 29.Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 1993 г. // Бюллетень международных договоров. 1995. №4.
- 30.Сталий розвиток промислового регіону: соціальні аспекти: моногр. / О.Ф. Новікова, О.І. Амоша, В.П. Антонюк та ін.: НАН України, Ін-т економіки пром.-ті. – Донецьк, 2014. – 534 с.
- 31.Углубленный обзор политики и программ Украины в области энергоэффективности. Секретариат Энергетической хартии, 2018. – С. 14.
- 32.Ушаков Н.А. Міжнародне право: основні поняття і терміни. - М .: ІГІП РАН, 20166. - 48 с.
- 33.Фархутдинов І.З. Міжнародне інвестиційне право: доктринальні проблеми – правові гарантії в сфері захисту іноземних інвестицій // МЖМП. - 2009. - № 4 (76). - С. 163-182.
- 34.Фархутдинов І.З. Іноземні інвестиції в та міжнародне право. - Уфа: Изд-во Башкирив. держ. ун-ту, 2011. - 264 с.
- 35.Sella P. Dealing with Investment Problems: the World Bank and the International Centre for Settlement of Investment Disputes // International Control of Investment / The Dusseldorf Conference on Multinational Corporations. - N.Y .: Washington,L., 2013. - 136 p
- 36.Buys C.G. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration // American Review of International Arbitration. 2003. Vol. 14. N 121. P. 121 - 138. URL: <https://ssrn.com/abstract=1330243>.

37. Feldman M. International Arbitration and Transparency // Peking University School of Transnational Law. Research Paper. 2016. N 16-12. P. 1 - 23. URL: <https://ssrn.com/abstract=2843140>.
- Rajora V. Confidentiality in Arbitration. 2010. P. 1 - 11. URL: <https://ssrn.com/abstract=1572221>.
38. Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman / M. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane, S. Wiessner., 2011. – 1153 p. – (Martines Nijhoff Publishers).
39. W. Schill S. Strengthening the global trade and investment system for sustainable development / Stephan W. Schill. // E15Initiative. – 2015. – P. 11.
40. Ripinsky S. Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve / S. Ripinsky // Investment Treaty News. – 2012. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-fromicsid-what-it-does-and-does-not-achieve/>.
41. W. Schill S. The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law? / Stephan W. Schill // American Society of International Law. – 2016. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposalinvestment-court-system-ttip-stepping>.
42. Tams C. An Appealing Option? The Debate About an ICSID Appellate Structure / Christian J. Tams. // Essays in Transnational Economic Law Working Paper. – 2006. – № 57. – 56 p.
43. Ruscalla G. Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard? // Groningen Journal of International Law. 2015. Vol. 3. N 1.

44. Saravanan A., Subramanian S.R. The Participation of Amicus Curiae in Investment Treaty Arbitration // Journal of Civil & Legal Sciences 5(4):201. 2016.
45. Settlement of commercial disputes. Preparation of a legal standard on transparency in treaty-based investor-State arbitration. Comments of arbitral institutions on the interplay between the draft rules on transparency and their institutional rules // 57th session of Working Group II of United Nations Commission on International Trade Law. 2012.
46. Roberts A. 2013. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. – The American Journal of International Law. Vol. 107. Issue 1. P. 45-94