

## **С. О. ШЕМШУЧЕНКО. ІСТОРИЧНА РЕТРОСПЕКТИВА, СПРОБИ ТА ЗРУШЕННЯ У СФЕРІ СТВОРЕННЯ МІЖНАРОДНОЇ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ**

*Досліджується розвиток міжнародного права та наукової думки в сфері захисту іноземних інвестицій. Розглядається історія становлення стандартів захисту іноземних інвестицій.*

**Ключові слова:** іноземні інвестиції, стандарти захисту інвестицій, міжнародний інвестиційний арбітраж.

*Исследуется развитие международного права и научной мысли в сфере защиты иностранных инвестиций. Рассматривается история становления стандартов защиты иностранных инвестиций.*

**Ключевые слова:** иностранные инвестиции, стандарты защиты инвестиций, международный инвестиционный арбитраж.

*This article covers the development of international law and scientific thought in the field of foreign investment protection. Also historical development of standards of investment protection is examined.*

**Key words:** foreign investment, standards of investment protection, international investment arbitration.

Іноземні інвестиції мають довгу історію. Певні приклади інвестиційної діяльності можна знайти ще за часів Стародавнього Єгипту, Греції, Ізраїлю та Фінікії. За більш новітніх часів варто згадати створення цілої низки торгових компаній по всьому світу у XVII ст. Наприклад, Англія створила Британську Ост-Індійську компанію, Компанію Гудзонової затоки, Королівську Африканську компанію та інші, Голландія – Голландську Ост-Індійську компанію. Крім того, активну участь у створенні подібних компаній приймали Франція, Німеччина, Португалія, Швеція, Данія та деякі інші країни.

Проте, якщо говорити про іноземні інвестиції в сучасному розумінні, то починати потрібно з XVIII сторіччя. Новітню історію іноземних інвестицій та спроб створення міжнародних інструментів для їх захисту зручно розбити на два періоди – колоніальний (до Другої світової війни) та постколоніальний (після завершення Другої світової війни).

**Колоніальний період.** Протягом XVIII та XIX сторіч інвестиції зазвичай здійснювалися у контексті колоніальної експансії. Такі інвестиції не потребували додаткового захисту, так як колоніальні системи права були інтегровані в системи права метрополій, які в свою чергу надавали достатній захист для інвестицій. Що стосується інвестицій в неколонізовані держави, то для їх захисту використовувалася своєрідна суміш дипломатії і сили<sup>1</sup>.

На початку XIX сторіччя іноземні інвестиції зазвичай були непрямими та мали форму позик або урядових облігацій. Але починаючи з другої половини того ж сторіччя більш активно почали розвиватися прямі іноземні інвестиції, що було обумовлено технологічним прогресом та збільшенням кількості корпорацій та інших видів об'єднань підприємств як засобів накопичення та управління капіталом. Великі ресурси вкладалися в вирощування зернових, видобуток природних ресурсів, будівництво телеграфних та телефонних систем, систем електроенергії,

---

© ШЕМШУЧЕНКО Сергій Олегович – аспірант Інституту законодавства Верховної Ради України

автомобільних фабрик та доріг. Варто зазначити, що більша частина всього цього була не тільки профінансована, але й побудована іноземними інвесторами.

Такі великі інфраструктурні проекти, засновані на новітніх технологіях та впровадженні іноземними компаніями, безперечно мали великий вплив на розвиток країн їхнього місцезнаходження. Але згодом, внаслідок того, що новозбудована інфраструктура почала розглядатися місцевим політично свідомим населенням як невід'ємна частина добробуту та безпеки держави та її мешканців, виникла ідея, що ця інфраструктура має перебувати у власності держави або, принаймні, її жителів. Тому деякі країни почали експропріювати іноземні проекти, виправдовуючи свої дії міжнародно-правовим принципом територіального суверенітету. Іноземні інвестори, звісно, намагалися захистити свої права у судах відповідних держав, але суди зазвичай неохоче йшли на зустріч інвесторам. Тому таким інвесторам не залишалось нічого іншого, як звертатися за допомогою до своїх урядів.

Сила була основним засобом вирішення конфліктів у XVIII, XIX та XX сторіччя. Прикладом цього була так звана «дипломатія військових кораблів» (*gunboat diplomacy*), яка полягала у тому, що уряд направляв контингент військових кораблів до берегів іноземної держави, який залишався там доки претензії не були задоволені. Дипломатія військових кораблів досить часто використовувалася європейськими державами для захисту інтересів своїх підданих аж до початку XX століття. З цієї практикою було покинчено у 1907 р. під час Другої міжнародної мирної конференції у Гаазі, коли була підписана Конвенція про обмеження застосування сили у разі стягнення договірних боргових зобов'язань.

Ще однією, більш цивілізованою з сучасної точки зору, формою вирішення конфліктів, пов'язаних з порушенням інтересів інвесторів, був дипломатичний захист. Він зазвичай здійснювався за допомогою обміну дипломатичними нотами між урядами держав. При цьому уряд країни інвестора виражає формальний протест проти відчуження власності інвестора та вимагає або повернути її, або відшкодувати матеріально. Також, уряд країни інвестора міг виступати від його імені в разі створення міжурядового арбітражного трибуналу для вирішення інвестиційних претензій. При цьому варто зазначити, що, по-суті, громадяни держави, чий інтерес зазнав шкоди, не мали ніякого прямого впливу на процес. Лише держава могла висунути претензію від їхнього імені та представляти їх в арбітражі.

Система дипломатичного захисту була громіздкою та затратною. Участь уряду країни інвестора в процесі вирішення конфліктів призводила до конфронтації з урядом країни отримувача інвестицій. З часом проблеми, які приходилося вирішувати уряду, ставали все більш складними і потребували все більших вкладень в механізм їх вирішення. Але, так як в той час міжнародне право не визнавало фізичних та юридичних осіб в якості суб'єктів міжнародних відносин, дипломатичний захист зі сторони держави був єдиним способом захисту інтересів інвесторів, і залишався таким аж до другої половини XX сторіччя.

У першій половині XX сторіччя виникло досить багато інвестиційних спорів, що, зокрема, були спричинені земельними реформами в деяких країнах, націоналізацією нафтодобувної промисловості в Мексиці в 30-х рр., переходом до економіки соціалізму в Радянському Союзі в 1917 р., розпадом Оттоманської імперії та створенням нових країн, а також руйнівними наслідками Першої світової війни. Більшість спорів розглядалося спеціально створеними комісіями та *ad hoc* арбітражними трибуналами. Декілька спорів було розглянуто створеною у

1922 р. Постійною палатою міжнародного правосуддя (*Permanent Court of International Justice*), яка була першою постійно діючою установою, що мала юрисдикцію для розгляду інвестиційних спорів.

В контексті розвитку міжнародного права із захисту іноземних інвестицій необхідно зупинитися на історії формування та розвитку стандартів захисту інвестицій, які нині є основою усіх міжнародних інвестиційних договорів. Вже на початку ХХ сторіччя більшість юристів-міжнародників Європи та США визнавали існування мінімального стандарту правосуддя по відношенню до іноземців. Найбільші держави експортери капіталу також зайняли позицію, відповідно до якої громадяни та їх власність мають захист згідно зі звичаєвим міжнародним мінімальним стандартом ставлення.

Цей стандарт передбачав, що кожна держава повинна надавати іноземцям таке ж ставлення, як і своїм власним громадянам, при умові, що це ставлення відповідає «встановленим стандартам цивілізації»<sup>2</sup>. Для вирішення спорів стосовно ставлення до іноземців повинні були застосовуватися принципи міжнародного права визначі цивілізованими державами.

Не зважаючи на актуальність та перспективність мінімального стандарту ставлення далеко не всі держави впровадили його у практику. Натомість деякі країни, в тому числі більшість латиноамериканських, підтримали ідею стандарту національного ставлення (або національного режиму), запропоновану відомим аргентинським юристом Карлосом Кальво. Кальво вважав, що рівність держав на міжнародній арені вимагає відсутності будь-якого втручання держав, в тому числі дипломатичного, у внутрішні справи інших держав, а також, що іноземцям ні в якому разі не може надаватися краще ставлення, ніж громадянам приймаючої держави. Ці думки стали основою так званої Доктрини Кальво.

На відміну від міжнародного мінімального стандарту ставлення стандарт національного ставлення передбачав, що при вирішенні спорів стосовно поводження з іноземцями повинне застосовуватися лише національне право. При цьому зрозуміло, що національне законодавство певних країн може бути далеким від міжнародного рівня. Це пояснює, чому стандарт національного ставлення знайшов підтримку переважно в країнах, що розвивалися, та таких, які були імпортерами капіталу.

Спір між державами імпортерами та державами експортерами капіталу став наріжним каменем під час Гаагської Конференції по кодифікації міжнародного права 1930 р., проведеної під егідою Ліги Націй, та під час Міжнародної конференції зі ставлення до іноземців у Парижі 1929 р. Також, питання стандарту ставлення до іноземців піднімалося під час Сьомої міжнародної конференції американських держав у Монтевідео 1933 р. Внаслідок величезної підтримки латиноамериканських держав в прийнятті на Конференції Конвенцію про права та обов'язки держав було включено положення про національне ставлення. Тим не менше, США та інші країни експортери капіталу підписали Конвенцію із застереженням стосовно цього стандарту.

Підводячи підсумки, можна сказати, що до закінчення першої половини ХХ сторіччя не існувало спеціального міжнародного права із захисту інвестицій чи інвесторів. Всі спроби та зрушення в цій галузі стосувалися захисту та поводження з іноземцями. Але згодом, з розвитком міжнародного співробітництва, природний процес привів до створення спеціальних міжнародно-правових норм, що були спрямовані на захист іноземних інвесторів та інвестицій.

**Постколоніальний період.** Період, що розпочався одразу після завершення ери колоніалізму, характеризувався проявами націоналізму в нових незалежних державах і пов'язаним з ним негативним ставленням до іноземних інвестицій. Ці держави відчували необхідність повернути контроль над основними секторами економіки, які в основному знаходилися під управлінням іноземних інвесторів – громадян та компаній з колишніх колоніальних держав. Результатом стала хвиля націоналізації іноземної власності. Статистика показує, що в період між 1960 та 1977 рр. ставалося в середньому 98 випадків експропріації іноземної власності на рік<sup>3</sup>.

Що стосується врегулювання конфліктів, пов'язаних з націоналізацією, то ситуація залишалася досить складною і напруженою. Найбільші держави експортери капіталу продовжували відстоювати думку про існування міжнародно-правового стандарту захисту іноземних інвестицій. Натомість нові незалежні держави підтримували ідею національного контролю за процесом іноземних інвестицій, в тому числі за їхньою націоналізацією.

Перші спроби створити міжнародно-правову систему регулювання іноземних інвестицій були зроблені в кінці 40-х рр.. Ці спроби вилилися у розробку Гаванської Хартії Міжнародної торгової організації 1948 р. та Боготського економічного договору того ж року. Проте, внаслідок розбіжностей між державами обидва документи так і не вступили в дію.

Щодо неурядових ініціатив у сфері регулювання іноземних інвестицій, то можна згадати Міжнародний кодекс зі справедливого ставлення до іноземних інвесторів, розроблений Міжнародною торговою палатою (МТП) у 1949 р., Проект Конвенції про закордонні інвестиції 1959 р., який став першим документом, що передбачав можливість арбітражного розгляду безпосередньо між інвестором та державою, та Проект Конвенції про міжнародну відповідальність держав за шкоду, заподіяну іноземцям, розроблений у Гарвардській школі права у 1961 р.

Протягом 50-х рр.. держави, що розвивалися, намагалися закріпити свою економічну незалежність. Організація Об'єднаних Націй надавала таку можливість. Так у 1952 р. ООН видала перші з семи резолюцій стосовно постійного суверенітету над природними ресурсами. Пізніше, у 1958 р. в рамках ООН була створена Комісія з питань постійного суверенітету над природними ресурсами. Результатом діяльності Комісії стала прийнята в 1962 р. Генеральною асамблеєю Організації об'єднаних націй Резолюція 1803, що називалася «Постійний суверенітет над природними ресурсами».

В цій резолюції зазначалося, що «право народів та націй на постійний суверенітет над їхніми природними багатствами та ресурсами повинне використовуватися в інтересах національного розвитку та добробуту громадян відповідної держави»<sup>4</sup>. Також в Резолюції було закріплене право держави на допуск, обмеження або заборону іноземних інвестицій. Однак, відповідно до Резолюції, після того, як інвестиції допускалися на територію держави, вони мали регулюватися як національним, так і міжнародним правом. Таким чином, Резолюція 1803 стала першим правовим актом міжнародного масштабу, який закріпив міжнародне право в якості джерела норм для регулювання міжнародних інвестиційних відносин.

Не зважаючи на результати, досягнуті протягом 40-50-х та ранніх 60-х років, держави так і не змогли дійти єдиної думки стосовно стандартів захисту інвестицій. У 1961 р. Арон Броше - Генеральний радник Світового банку – запропонував створити механізм безпосереднього врегулювання міжнародних інвес-

тиційних спорів, замість того, щоб продовжувати намагатися дійти згоди щодо стандартів поводження з інвестиціями. В результаті обговорень цієї пропозиції в 1965 р. у Вашингтоні під егідою Міжнародного банку реконструкції та розвитку була прийнята Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (Вашингтонська конвенція або Конвенція МЦВІС). Конвенція набула чинності 14 жовтня 1966 р. Станом на 2011 р. Вашингтонську конвенцію підписали 157 держав, 144 з яких ратифікували її<sup>5</sup>.

Конвенцією про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами було передбачене створення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів (МЦВІС, англ. – ICSID). Відповідно до статті 25(1) Конвенції МЦВІС завданням Центру є вирішення юридичних спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, між договірною державою та підданими іншої договірної держави<sup>6</sup>.

Для здійснення Центром його функцій були прийняті арбітражні правила та правила процедури примирення, а також Додаткові заходи механізму розв'язання спорів та процедури встановлення фактів, які дають змогу МЦВІС врегульовувати в рамках арбітражу чи примирення інвестиційні спори за участю сторони, що не належить до держав-учасниць Вашингтонської конвенції.

Загалом, створення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів мало, без перебільшення, історичне значення, адже Центр став першою установою, яка була створена саме як форум для вирішення міжнародних інвестиційних спорів.

Ще однією спробою створити міжнародно-правовий акт глобального характеру для цілей захисту іноземної власності був затверджений у 1967 р. Організацією економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) Проект Конвенції про захист іноземної власності. В цьому Проекті були закріплені стандарт справедливого ставлення, заборона невинуватених та дискримінаційних заходів, компенсація за експропріацію, а також вперше стандарт захисту та безпеки. Хоча Проект Конвенції про захист іноземної власності ОЕСР 1967 р. так і не був прийнятий, його положення стали моделлю, яка застосовувалася у багатьох двосторонніх інвестиційних договорах.

Протягом 60-70-х рр.. розвинені держави і такі, що розвивалися, намагалися перебудувати правову систему міжнародних економічних відносин та направити їх в русло лібералізації. Результатом цього стала серія резолюцій Генеральної асамблеї Організації Об'єднаних Націй, серед яких найвизначнішими були прийняті в 1974 р. Декларація про створення Нового міжнародного економічного порядку та Хартія економічних прав та обов'язків держав.

Декларація підтвердила принципи постійного суверенітету над природними ресурсами та економічною діяльністю, а також встановила принципи для нової системи економічних відносин. Хартія економічних прав та обов'язків держав містила певні положення, що стосувалися безпосередньо іноземних інвестицій. Зокрема, підтверджувалося право держави регулювати допуск інвестицій та відсутність обов'язку надавати переважне ставлення іноземним інвестиціям. Що стосується компенсації за експропріацію, то на відміну від Резолюції про Постійний суверенітет над природними ресурсами, яка встановлювала наявність міжнародно-правового стандарту компенсації, в Хартії було зазначено, що компенсація встановлюється відповідно до національного права держави<sup>7</sup>.

Загалом, Декларація про створення Нового міжнародного економічного

порядку та Хартія економічних прав та обов'язків держав були скоріше політичними інструментами та не містили принципово нових положень, внаслідок чого вони не справили великого впливу на практику захисту іноземних інвестицій.

Одним з інструментів захисту іноземних інвестицій, що з'явився у 80-ті рр., стало створення державами національних агенцій з гарантій інвестицій, завданням яких було надання гарантій щодо політичних ризиків, включаючи експропріацію, обмеження переказів коштів, політичної нестабільності. У 1985 р. під егідою Світового банку була підписана Конвенція про створення Багатосторонньої агенції з гарантій інвестицій (БАГІ). Ця організація розпочала свою роботу у 1988 р. Разом з Міжнародним центром по врегулюванню інвестиційних спорів Багатостороння агенція з гарантій інвестицій входить до Групи Світового банку. Її членами є 175 держав, включаючи Україну<sup>8</sup>. Основними завданнями БАГІ є сприяння здійсненню прямих іноземних інвестицій в країни, що розвиваються, через надання гарантій, включаючи страхування, по некомерційним ризикам; здійснення досліджень, збір і поширення інформації для сприяння інвестуванню; надання технічної допомоги країнам, проведення консультацій з інвестиційних питань; надання послуг по врегулюванню інвестиційних спорів<sup>9</sup>. Багатостороння агенція з гарантій інвестицій продовжує ефективно функціонувати до сьогодення.

Таким чином попри з'явлення окремих інструментів захисту інвестицій та розвиток юридичної думки в цій галузі, міжнародній громадськості так і не вдалося створити глобальну систему захисту іноземних інвестицій. Проте, здійснені спроби мали беззаперечні позитивні наслідки – вони справили вплив на розвиток стандартів захисту інвестицій та зрештою призвели до появи практики укладення державами двосторонніх інвестиційних договорів, які сьогодні є основними інструментами захисту іноземних інвестицій.

1. *Sornarajah M.* The International Law on Foreign Investment. Third Edition (Cambridge University Press, 2010). – P. 20. 2. *Newcomb A., Paradell L.* Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Kluwer Law International, 2009). – P. 12. 3. *Lowenfeld A.* International Economic Law (Oxford: Oxford University Press, 2002). – P. 405. 4. *UN General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962*, «Permanent sovereignty over natural resources» // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/resources.pdf> 5. *International Centre for Settlement of Investment Disputes Website* // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> 6. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18 Mar. 1965* // Електронний ресурс. – Режим доступу: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc\\_en-archiv/ICSID\\_English.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archiv/ICSID_English.pdf) 7. *UN General Assembly resolution 3281 (XXIX) of 12 December 1974*, «Charter of Economic Rights and Duties of States» // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm> 8. *Multilateral Investment Guarantee Agency Website* // Електронний ресурс. – Режим доступу: [http://www.miga.org/about/index\\_sv.cfm?stid=1695](http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1695) 9. *Багатостороння агенція з гарантій інвестицій Wikipedia.org* // Електронний ресурс. – Режим доступу: [http://uk.wikipedia.org/wiki/Багатостороння\\_агенція\\_з\\_гарантій\\_інвестицій](http://uk.wikipedia.org/wiki/Багатостороння_агенція_з_гарантій_інвестицій)