

© ШЕМШУЧЕНКО СЕРГІЙ ОЛЕГОВИЧ – АСПИРАНТ ІНСТИТУТУ  
ЗАКОНОДАВСТВА ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

*С.О. ШЕМШУЧЕНКО*

## ІСТОРІЯ ТА ЗАВДАННЯ ДВОСТОРОННІХ ДОГОВОРІВ ПРО СПРИЯННЯ І ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ

*Аналізуються передумови з'явлення та розвитку практики укладання двосторонніх договорів про сприяння і захист інвестицій між державами. Досліджуються завдання, які ставлять перед собою держави, укладаючи такі договори.*

**Ключові слова:** іноземні інвестиції, двосторонні інвестиційні договори.

*Анализируются предпосылки появления и развития практики заключения двусторонних договоров о поощрении и защите инвестиций между государствами. Исследуются задачи, которые ставят перед собой государства, заключая такие договора.*

**Ключевые слова:** иностранные инвестиции, двусторонние инвестиционные договора.

*This article is devoted to the analysis of preconditions of emergence and development of practice of bilateral treaties for the promotion and protection of investments between states. The objectives of this practice are examined.*

**Key words:** foreign investments, bilateral investment treaties.

Двосторонні договори про сприяння та взаємний захист інвестицій або просто двосторонні інвестиційні договори (англ. – bilateral investment treaties, BITs) є основними міжнародними інструментами захисту іноземних інвестицій. Такий захист виникає внаслідок закріплення в договорах зобов'язань приймаючих держав стосовно ставлення до іноземних інвесторів та їхніх інвестицій і реалізується за допомогою міжнародного інвестиційного арбітражу. Крім цього, двосторонні інвестиційні договори відіграють важливу роль у міжнародних ділових та економічних відносинах, сприяючи здійсненню інвестиційної діяльності, а також виконують низку інших функцій. Тому виникає необхідність прослідкувати історичний розвиток практики укладання двосторонніх інвестиційних договорів, проаналізувати причини, які сприяли такій практиці, і визначити завдання, які ставлять перед собою держави, укладаючи такі договори.

Історія становлення практики укладання двосторонніх інвестиційних договорів тісно пов'язана з подіями, що сталися після завершення Другої світової війни. Йдеться, в першу чергу, про деколонізацію і появу десятків нових незалежних держав, що призвело до виникнення потреби у врегулюванні відносин, у тому числі щодо власності, між цими державами та колишніми метрополіями. Головними питаннями при цьому були повага прав власності іноземців і стандарт компенсації у разі експропріації таких прав<sup>1</sup>.

Загалом післявоєнний період характеризувався укладанням багатосторонніх міжнародних конвенцій, які були направлені на регулювання певних сфер суспільних відносин (права людини, авторські права, дипломатичні відносини та ін.). Інвестиційні відносини не були виключенням. У 1948 р. були розроблені Гаванська Хартія Міжнародної торгової організації і Боготський економічний

договір. Обидва інструменти були направлені на створення міжнародної системи захисту іноземних інвестицій, але внаслідок розбіжностей у поглядах між державами жоден з них не набув чинності. На рівні ООН питання поводження з іноземною власністю були відображені у Резолюції «Постійний суверенітет над природними ресурсами», прийнятій Генеральною асамблеєю 1962 р. У рамках Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) також була здійснена спроба створити міжнародно-правовий акт глобального характеру для цілей захисту іноземної власності – 1967 р. було розроблено Проект Конвенції про захист іноземної власності, який так і не був прийнятий.

Таким чином, не зважаючи на спроби міжнародної громадськості створити багатосторонній міжнародний інструмент регулювання та захисту іноземних інвестицій, результатів так і не було досягнуто. Причиною невдач можна назвати розбіжності у поглядах між розвиненими державами (експортерами капіталу) і такими, що розвивалися (імпортерами капіталу), щодо права, що мало застосовуватися до іноземних інвестицій. Розвинені держави наполягали на тому, що після допуску на територію приймаючої держави ставлення до інвестицій повинне регулюватися загальними принципами міжнародного права. Держави, що розвивалися, з іншого боку, відстоювали думку про те, що таке ставлення має регулюватися національним правом приймаючої держави. Це не влаштовувало перших, оскільки вони розуміли, що регулятивні системи держав, що розвиваються, не є стабільними і можуть змінюватися разом з появою нових політичних чи економічних потреб.

У результаті деякі держави прийшли до висновку, що для цілей розвитку інвестиційної діяльності та захисту інвестицій доцільнішим буде укладати окремі вузько направлені двосторонні договори з кожною державою, у якій зацікавлені їхні інвестори. Першим договором такого типу можна вважати Договір між Федеральною республікою Німеччиною та Пакистаном про сприяння та захист інвестицій, підписаний у 1959 р. Відповідно до Договору сторони брали на себе зобов'язання заохочувати іноземні інвестиції, надавати інвестиціям захист і безпеку, утримуватися від дискримінації на основі національності інвестора, не перешкоджати переказам коштів і надавати компенсацію у випадку експропріації. Договір передбачав можливість розгляду спорів на міждержавному рівні шляхом арбітражу у Міжнародному суді ООН за наявності згоди обох сторін або в окремо створеному арбітражному трибуналі<sup>2</sup>.

Услід за Німеччиною інші держави експортери капіталу почали укладати двосторонні інвестиційні договори. Швейцарія розпочала таку практику 1961 р., Голландія – у 1963, Італія – у 1964, Швеція і Данія – у 1965, Норвегія – у 1966, Франція – у 1972, Великобританія – у 1975, Австрія – у 1976, Японія і США – у 1977. Основою для багатьох договорів став уже згаданий Проект Конвенції про захист іноземної власності ОЕСР 1967 р., який передбачав такі стандарти поведінки з інвестиціям, як справедливе і рівноправне ставлення, повний захист і безпека, заборону необґрунтованих і дискримінаційних дій, а також компенсацію за експропріацію та право на переказ коштів<sup>3</sup>.

Важливо відзначити, що хоча двосторонні інвестиційні договори періоду 60-70-х рр. укладалися на умовах взаємності, їхнім першочерговим завданням був захист економічних інтересів інвесторів держав-експортерів капіталу у державах-імпортерах. Тому єдиним типом договорів був договір між розвинутою країною та такою, що розвивалася. До 1978 р. єдиним договором між двома країнами, що

розвивалися, був двосторонній інвестиційний договір між Іраком та Кувейтом 1964 р.

Вирішення інвестиційних спорів на міждержавному рівні шляхом передачі їх до Міжнародного суду ООН або окремо створеного арбітражного трибуналу було єдиним способом вирішення таких спорів аж до 1968 р. Першим двостороннім інвестиційним договором, який передбачав можливість арбітражу безпосередньо між інвестором і державою був договір між Індонезією та Голландією. Першим договором, який передбачав відсутність необхідності окремо вираженої згоди держави на передачу спору до арбітражу, був договір між Чадом та Італією 1969 р. Цей договір поклав початок міжнародній практиці, відповідно до якої сам факт укладення державою інвестиційного договору є її згодою на арбітражний розгляд спорів між нею та інвесторами іншої договірної держави. Така практика була запропонована під час підготовки Вашингтонської конвенції 1965 р. Внаслідок того, що згода на арбітраж не повинна бути виражена в окремому контракті, ця форма арбітражу отримала назву «арбітраж без згоди» (англ. – arbitration without privity). Відповідно до неї для передачі спору до арбітражу необхідне лише бажання інвестора, виражене у формі позову. Нині така практика є загальноприйнятною.

Проаналізувавши статистику укладання двосторонніх інвестиційних договорів, можна побачити, що їхня кількість стрімко зростає протягом 90-х рр.. Якщо протягом 70-х рр.. було укладено приблизно 100 двосторонніх інвестиційних договорів<sup>4</sup>, а до кінця 80-х – 265<sup>5</sup>, то до кінця 90-х рр. існувало 1857 таких договорів<sup>6</sup>, а станом на кінець 2010 р. – 2807<sup>7</sup>. Україна є стороною понад 70-ти договорів<sup>8</sup>. Варто відзначити, що кількість договорів між державами, що розвиваються, також продовжує зростати. Для прикладу, якщо в 1990 р. було лише 42 договори між такими державами, то в 2006 р. їхня кількість зросла до 679 договорів, що становило 26% всіх двосторонніх інвестиційних договорів<sup>9</sup>.

Активне зростання кількості двосторонніх інвестиційних договорів можна пояснити загальносвітовою тенденцією лібералізації економіки та розвитку вільного переміщення товарів<sup>10</sup>. Така тенденція була спричинена, зокрема, надзвичайним економічним підйомом деяких країн Азії, внаслідок якого збільшилася кількість приватних інвестицій та підвищився експорт продукції. Це призвело до занепаду політики імпортозаміщення (надання переваги товарам вітчизняного виробництва над імпортними та надання переваги внутрішньому вжитку вітчизняних товарів над їх експортом), яка була домінуючою у сфері економіки в період після Другої світової війни. Ще однією причиною збільшення кількості двосторонніх інвестиційних договорів у 90-х рр. можна назвати скорочення іноземних позик, субсидій та інших видів фінансової допомоги зі сторони розвинених держав. Внаслідок цього державам, що розвивалися, з метою підтримання власного економічного розвитку довелося звернутися до залучення приватного капіталу шляхом прямих іноземних інвестицій.

Справедливою буде думка про те, що всі двосторонні інвестиційні договори мають два основних завдання: сприяння інвестиціям і захист інвестицій. Це відображено у їхніх назвах, а також у преамбулах і текстах договорів.

Щодо захисту, то слід зазначити, що для будь-якого інвестора однією з головних передумов здійснення інвестиційної діяльності є безпечність правового й адміністративного середовища у приймаючій державі. Стабільність, передбачуваність, прозорість, відсутність дискримінації, фізичний захист майна – наявність

усіх цих елементів необхідна інвестору як перед початком, так і протягом усього періоду здійснення інвестицій. Двосторонні інвестиційні договори становлять інструмент для закріплення цих елементів у вигляді зобов'язань держави на міжнародному рівні. Міжнародний інвестиційний арбітраж виступає механізмом реалізації таких зобов'язань.

Що стосується сприяння (або заохочення) іноземних інвестицій, то, хоча на даний час відповідне положення міститься майже у всіх двосторонніх інвестиційних договорах, у тому числі між розвиненими державами, але з'явилося воно в договорах між розвиненими державами (експортерами капіталу) та такими, що розвивалися (імпортерами капіталу). Це положення мало зробити договори між такими державами взаємовигідними – в обмін на обіцянку захисту іноземних інвестицій держави, що розвивалися, отримували надію на збільшення потоку інвестицій у майбутньому. При цьому йдеться саме про *сприяння* інвестиціям, а не про *заохочення*, оскільки зазвичай розвинені держави не погоджувалися і не погоджуються з будь-якими положеннями, які б зобов'язували їх стимулювати своїх громадян і компанії інвестувати в іноземну державу. І навіть якщо положення про заохочення присутнє, неясними залишаються обсяг зобов'язань і необхідні дії держави для стимулювання іноземних інвестицій.

У цьому контексті можна розглянути думку, відповідно до якої обіцянка сприяння або заохочення інвестицій, виражена у міжнародному договорі, повинна мати своїм наслідком збільшення потоку інвестицій у країну. Ця думка є провідною і часто єдиною причиною укладання таких договорів державами, що розвиваються. Проте насправді не існує практичного підтвердження того, що це призводить до отримання більшого обсягу інвестицій. Так, у звіті ЮНКТАД 2003 р., що називається *World Investment Report*, зазначається: «Сумарний статистичний аналіз не показує значного впливу двосторонніх інвестиційних договорів на визначення потоків прямих іноземних інвестицій. У найкращому разі двосторонні інвестиційні договори грають другорядну роль у стимулюванні потоків прямих іноземних інвестицій у світі та поясненні різниці в їхніх розмірах в залежності від держави»<sup>11</sup>. Таким чином, не зважаючи на поширену думку, укладання державами, що розвиваються, двосторонніх інвестиційних договорів не має прямим наслідком збільшення потоків іноземних інвестицій. Натомість можна погодитися з Сорнараджа, який зазначає, що передумовами збільшення таких потоків є загальний сприятливий політичний та економічний клімат у державі<sup>12</sup>.

Крім основних завдань укладання двосторонніх інвестиційних договорів, закріплених у певному вигляді в договорах, як правило, існують додаткові завдання. Вони можуть бути різними для кожної окремої держави в залежності від її економічної ситуації, політичних цілей, ідеології або стану міжнародних відносин. Проте можна виділити такі додаткові завдання, як лібералізація ринку, побудова співробітництва, стимулювання місцевих інвестицій та укріплення ролі верховенства права всередині держави<sup>13</sup>.

Лібералізація ринків у державах, що розвиваються, є свого роду побічним ефектом допуску іноземних інвестицій і створення для них сприятливих умов у цих державах, адже відповідні заходи з великою долею ймовірності можуть призвести до зміни економічних умов всередині країни. При цьому можна погодитися з Джесвальдом Салак'юзом, який вважає, що сприяння інвестиціям і лібералізація ринків переслідують абсолютно різні завдання. Від сприяння, у першу чергу, виграє приймаюча держава (у випадку, коли вона є виключно імпортером

капіталу), у той час як загальна лібералізація ринків і покращення інвестиційного клімату в ній потрібна державі, чії громадяни та компанії виступають інвесторами. Для прикладу можна навести ситуацію, коли держава, що розвивається, потребує інвестицій у певну слабозрозвинену сферу економіки і готова створити сприятливі умови для приходу іноземних інвесторів у цю сферу. Водночас ця держава може шляхом законодавчих інструментів закрити якусь іншу, можливо, розвиненішу або важливішу, сферу економіки від інвесторів. У такому випадку можна говорити про сприяння інвестиціям, але не про лібералізацію ринків.

Наступним додатковим завданням укладання двосторонніх інвестиційних договорів є розвиток співробітництва між державами. Інвестиційні договори є, по суті, інструментами міжнародних відносин, адже їхніми сторонами є суверенні держави, а не інвестори. І хоча для останніх такі договори мають значення лише для цілей інвестування, держави, укладаючи інвестиційні договори, як і будь-які інші міжнародні договори, розраховують на ширше економічне та політичне співробітництво, що виходить за рамки інвестицій. Навіть попри відсутність збільшення потоку інвестицій результатом укладення інвестиційного договору може бути покращення торгівлі, фінансова допомога, обмін технологіями та інші вигоди.

Ще одним додатковим завданням є заохочення місцевих підприємців до здійснення інвестицій всередині країни. При цьому укладення інвестиційних договорів має сигналізувати місцевим, можливо, скептично налаштованим, інвесторам про наміри держави захищати приватний капітал – як іноземний, так і місцевий.

Схожим є також завдання зміцнення верховенства права всередині держави та дотримання закону державними посадовцями та органами. Ідея заснована на припущенні, що утримання державних посадовців та органів від протиправних дій відносно іноземних інвесторів, викликане внаслідок дії міжнародної угоди, призведе до утримання від протиправних дій відносно власних громадян і компаній.

Можна додати ще одне завдання – створення та підтримання позитивного іміджу держави на міжнародній арені. Для прикладу, починаючи з початку 90-х рр., комуністичні або колишні комуністичні держави почали активно укладати двосторонні інвестиційні договори, маючи за мету показати, що вони вже не є країнами з високим рівнем ризику для інвесторів, якими вони вважалися внаслідок існуючої раніше ідеології.

Отже, як впливає з розглянутих завдань, двосторонні інвестиційні договори є не тільки інструментами сприяння та захисту інвестицій, а й міжнародно-правовими засобами розвитку та зміцнення економічних і політичних зв'язків і співробітництва між державами. В цьому контексті варто наголосити саме на політичному значенні двосторонніх інвестиційних договорів. Адже порушення однією державою прав інвесторів іншої держави може призвести до погіршення політичних відносин між ними, а інколи – й до реакційних заходів останньої, можливо, у якійсь іншій сфері відносин.

Таким чином, двосторонні інвестиційні договори є не просто вираженнями доброї волі, а зобов'язуючими інструментами міжнародного права, що в разі порушення призводять до реальної відповідальності держав. Тому знання двосторонніх інвестиційних договорів є надзвичайно важливим для державних посадовців, які створюють, обговорюють та укладають їх, а також для тих, хто безпосередньо регулює діяльність іноземних інвесторів. Так само міжнародні компанії

та їхні юристи мають брати до уваги положення інвестиційних договорів з метою планування та управління іноземними інвестиційними проектами.

1. *Newcomb A., Paradell L.* Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. – Kluwer Law International, 2009. – P. 19 2. *Ibid.* – P. 42. 3. *OECD* Draft Convention on the Protection of Foreign Property (12 Oct. 1967) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf> 4. *Newcomb A., Paradell L.* Цит. праця. – P. 46. 5. *UNCTC*, Bilateral Investment Treaties (New York: United Nations, 1988) (Doc. No. ST/CTC/65). 6. *UNCTAD* Press Release, Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s' (15 Dec. 2000, TAD/INF/2877). 7. *UNCTAD*, World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development (New York and Geneva: United Nations, 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unctad-docs.org/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf> 8. Міжнародні договори України. Угоди про сприяння та захист інвестицій [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://ukrexport.gov.ua/ukr/zakon\\_v\\_sferi\\_zed/ukr/1003.html](http://ukrexport.gov.ua/ukr/zakon_v_sferi_zed/ukr/1003.html) 9. *UNCTAD*, Recent Developments in International Investment Agreements, IIA Monitor No. 2 (New York and Geneva: United Nations, 2005). – P. 4. 10. *Newcomb A., Paradell L.* Цит. праця. – P. 49. 11. *UNCTAD*, World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives (New York and Geneva: United Nations, 2003) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.unctad.org/en/docs/wir2003light\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2003light_en.pdf). – P. 89. 12. *Sornarajah M.* The International Law on Foreign Investment. Third Edition. – Cambridge University Press, 2010. – P. 187. 13. *Salacuse J.* The Law of Investment Treaties. – Oxford University Press, 2010. – P.