

УДК 341.9:330.322

## ТРИВИМІРНА ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ СПОРІВ МІЖ ІНВЕСТОРОМ І ДЕРЖАВОЮ

## THE THREE-DIMENSIONALITY DIFFERENTIATION OF INVESTOR-STATE DISPUTES

Голубенко І.І.,

*аспірант кафедри цивільного права юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Стаття присвячена дослідженню диференціації інвестиційних спорів. Проводиться аналіз інвестиційних спорів за трьома континуумами: соціально-правовим, територіальним і політичним. Досліджується практична доцільність тривимірної диференціації інвестиційних спорів.

**Ключові слова:** диференціація, інвестиції, арбітраж, інвестиційний спір, інвестор, держава.

Статья посвящена исследованию дифференциации инвестиционных споров. Проводится анализ инвестиционных споров за тремя континуумами: социально-правовым, территориальным и политическим. Исследуется практическая целесообразность трехмерной дифференциации инвестиционных споров.

**Ключевые слова:** дифференциация, инвестиции, арбитраж, инвестиционный спор, инвестор, государство.

The research deals with the issue of investor-state disputes differentiation. Socio-legal, territorial, and political impacts continuums are analyzed. The practical feasibility of three-dimensional differentiation of investment disputes are analyzed.

**Key words:** differentiation, investment, arbitration, investment dispute, investor, state.

**Актуальність теми.** Розвиток міжнародних економічних відносин на сучасному етапі характеризується посиленням міждержавної співпраці у сфері інвестування. Економіка останніми десятиліттями зазнала глобальних змін, виходячи з цього, міжнародна система інвестиційного права також потребує оновлення. Вивчення відмінностей між різними типами суперечок за ключовими континуумами дає уявлення про те, як покращити регулювання вирішення інвестиційних спорів на практиці.

**Метою статті** є дослідження тривимірної диференціації інвестиційних спорів, аналіз кожного континуума через виявлення їх специфічних ознак і з'ясування практичної доцільності цієї диференціації.

Дослідження у сфері класифікації інвестиційних спорів здійснювали М.М. Богуславський, С.І. Крупко, Е.В. Попов, І.З. Фархутдинов та інші. Проте з практичного погляду питання класифікації потребують подальшого аналізу.

**Виклад основного матеріалу.** Заслугове на увагу диференціація інвестиційних спорів за характером чинників (континуумів): соціально-правових, територіальних і політичних.

А. Соціально-правовий континуум.

Ідея соціально-правового континууму полягає в розташуванні кожної конкретної суперечки між інвестором і державою в більш широкому контексті соціального та правового середовища, у якому вона виникла. Цей континуум має на

меті об'єднати два основних типи інформації.

По-перше, наскільки вагомим є позивач стосовно загальної кількості осіб, які якимось чином вплинули на позитивні чи негативні дії уряду, формують основу скарги? Конкретно деякі ілюстративні питання можуть включати в себе таке:

(1) скільки окремих заявників беруть участь у справі?

(2) не рахуючи позивачів, чи багато іноземних або вітчизняних осіб, фізичних або юридичних, також постраждали або могли б стверджувати, що постраждали прямо від негативного впливу (шкоди) внаслідок урядового заходу (заходів), які утворюють підстави цієї скарги?

(3) крім уряду держави-відповідача, чи багато іноземних або вітчизняних осіб, фізичних або юридичних, одержали чи могли б стверджувати, що отримали пряму позитивну перевагу в результаті державного заходу (заходів), які формують основу цієї скарги?

По-друге, чи користуються постраждалі учасники рівними правами для забезпечення захисту шляхом доступу до ефективних засобів правового захисту? Під ефективними засобами мається на увазі доступ до ефективного форуму для захисту своїх прав, а також здатність забезпечити захист своїх прав через цей форум не повинен залежати від результату якого-небудь іншого форуму, у якому вони не мають право доступу (наприклад, арбітражний суд між інвестором і державою). Для цього необхідно розкрити такі питання:

(4) серед усіх осіб, котрі безпосередньо мали негативні наслідки, але не є заявниками в цьому випадку (питання № 2), який відсоток має доступ до ефективного судового форуму, міжнародного або державного, до якого вони могли б потенційно подати схожі претензії до урядових заходів, що формують основу цієї скарги?

(5) серед усіх осіб, котрі безпосередньо мали позитивні наслідки, як іноземні, так і національні (до питання № 4), який відсоток може вважатися таким, що має свої інтереси, ефективно представлені державою-відповідачем у цьому випадку?

Ці питання відіграють важливу роль під час аналізу конкретної суперечки між інвестором і державою. До позову одного позивача, як правило, привертається менше уваги, ніж до одного позову, поданого тисячею позивачів. Кількість позивачів є однією з відповідних функцій. Аналогічно, якщо претензії до уряду не зачіпають нікого, крім самих заявників (як це було в справі *Malaysian Historical Salvors*), є менше шансів публічного розгортання й розголосу суперечки. В оригіналі у справі *Malaysian Historical Salvors*, виходячи із контракту, в основу суперечки було покладено вимогу заявника на 70% від прибутку, отриманого від прода-

жу всіх історичних артефактів, урятованих із затонулого морського судна, що знаходиться в межах територіальних вод Малайзії. Уряд Малайзії, однак, згодився виплатити тільки 40% [1].

Варто зазначити, що правовий інструмент, що лежить в основі спору (контракту), є унікальним для сторін, його предмет стосувався тільки їх, і ніхто інший не мав будь-якої причетності або інтересу в судочинстві. Справа *Malaysian Historical Salvors* – приклад найпростішого типу спору між інвестором і державою. На перший погляд здається, що є просто комерційна претензія, такий тип спору було б доречно судом вирішити на власних умовах, застосовуючи звичайні принципи вирішення комерційних суперечок. Кілька спеціальних побоювань із приводу легітимності такого судового виробництва можуть виникнути за умови, звичайно, що стандартні мінімальні вимоги процесуальної справедливості мали місце й автономні договірні умови сторін будуть дотримані.

Ці два елементи є загальними для всіх договірних спорів. Поки немає інших сторін, що беруть участь або постраждалих у результаті суперечки, їх задоволення гарантує, що потреби вирішувати по-різному такі випадки не виникає. Необхідно зауважити, що ця справа наводиться для прикладу саме тому, що інвестор стверджував, що основні вимоги процесуальної справедливості були порушені як в арбітражі, так і в подальшому судовому розгляді та претензії за інвестиційним договором були подані пізніше. Фіналом у цій справі було визнання, що трибунал без явної необхідності звернувся до об'єктивних критеріїв інвестиції, цим самим знехтувавши визначенням інвестиції та її ознаками, поданими у відповідній статті двостороннього інвестиційного договору. Особлива увага приділялась останньому критерію – сприянню економічному розвитку. Члени трибуналу відстоювали позицію, що важко в реальному вимірі визначити особистий унесок інвестора в економіку іншої держави, оскільки сам критерій сформульований некоректно й розмито. Тим не менше на сьогодні цей критерій досі використовується під час перевірки трибуналом наявності інвестиції, а отже, наявності в нього відповідної юрисдикції.

На відміну від справи, де міра правового захисту або засобів правового захисту для позивачів і не-позивачів є помітно розбіжною (як це було у справі *Suez, SGAB, & Vivendi v Argentina*) [2]. 30 липня 2010 р. Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів (ICSID) виніс два рішення у справах *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/17) і *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal S.A v. Argentine*

Republic (ICSID Case No. ARB/03/19). Ці арбітражні розгляди були порушені групою французьких, іспанських і британських інвесторів у липні 2003 р. й, по суті, є новим продовженням низки спорів, що виникли в результаті економічної кризи в Аргентині у 2000–2003 рр.

Незважаючи на застосування до вказаних справ двох різних арбітражних регламентів – ICSID (Case No. ARB/03/17) і ЮНСИТРАЛ (Case No. ARB/03/19) адмініструються ICSID за угодою сторін), матеріальна частина рішень практично ідентична, оскільки позови ґрунтуються на одних фактичних обставинах і розглядалися одним складом арбітражу (Джесвальд. В. Салакусе (Jeswald W. SALACUSE (США), Габріель Кауфманн-Келер (Gabrielle KAUFMANN-KOHLER) (Швейцарія), Педро Ніккей (Pedro NIKKEN) (Венесуела).

Вимоги позивачів виникли з договорів концесії на експлуатацію й управління водопостачальними підприємствами. Позивачі заявляли про порушення державою низки стандартів захисту інвестицій, передбачених відповідними угодами про захист інвестицій, а саме: недотримання державою гарантій, пов'язаних із прямою та непрямою експропріацією інвестицій, порушення режиму повного захисту й безпеки, а також недотримання державою справедливого та рівного режиму іноземних інвестицій.

Склад арбітражу частково задовольнив вимоги позивачів, визнавши порушення з боку Аргентини справедливого та рівного режиму іноземних інвестицій. При цьому суд відкинув заяви позивача про пряму або непряму експропріацію інвестицій, оскільки, на думку складу арбітражу, інвестори не були позбавлені прав власності на інвестиції й обмежувальні дії з боку держави не досягли рівня прямої експропріації.

Окремо варто зазначити, що склад арбітражу також відкинув аргументи відповідача про те, що держава діяла в умовах крайньої необхідності. Проаналізувавши поняття «необхідність» у розумінні Статей Комісії міжнародного права ООН про відповідальність держав і розглянувши арбітражну практику з цього питання, склад арбітражу прийшов до рішення, що Аргентина не має підстав для застосування аргументу «крайня необхідність». Зокрема, суд дійшов висновку, що Аргентина порушила дві необхідні умови його застосування – дії, ужиті державою, не були єдино можливими заходами для захисту інтересів держави, а також Аргентина сама певною мірою сприяла створенню надзвичайного стану.

Необхідно врахувати, що ця суперечка виникла не тільки з договірних вимог і заперечень, а й із двосторонніх договорів та вимог і заперечень, оснований на багатосторонніх договорах у

галузі прав людини й загального міжнародного права. До того ж цей випадок був лише одним із 41 паралельних позовів, поданих проти Аргентини в результаті економічної кризи, багато з яких пов'язані з концесійними договорами й загальна сума їх узятих разом, як повідомляється, перевищила урядову скарбницю.

У цьому разі більш широка увага й соціальна позиція до арбітражу зростає. Ці міркування привертають увагу на фундаментальну соціальну та правову динаміку кожного спору між інвестором і державою.

Б. Територіальний континуум (місцевий у транснаціональній).

Основною метою територіального критерію є дослідження географічної широти спору, а саме: визначення фактичного й потенційного впливу суперечки, а не формальної юрисдикції держави-відповідача за традиційними принципами міжнародного права. У цьому випадку теж виникають дві групи питань.

По-перше, питання територіальної сфери дії позитивних і негативних наслідків дій уряду.

По-друге, питання широти охоплення твердження основних вимог і заперечень суб'єктами за межами територіальних кордонів відповідача. Розглянемо кілька умовних прикладів. Установлення урядом більш високих стандартів щодо викиду газоподібних речовин на підприємствах, розташованих на території держави. Якщо на території країни є тільки одне таке підприємство, то негативний вплив буде локалізованим, якщо багато, то вплив буде доволі дифузний. З іншого боку, якщо газоподібні викиди перетнуть кордон і будуть зачіпати всю земну кулю, то нові стандарти, установлені державою, можуть позитивно вплинути на всіх людей, тварин і рослин не тільки локально у країні, а в усьому світі. Цей приклад ілюструє актуальність територіального фактора.

Стосовно юридичної територіальної сфери спору припустимо, що іноземне підприємство подало скаргу в арбітраж проти приймаючої держави з вимогою компенсації за скорочення прибутку через установлення нових стандартів щодо викидів. Якщо вимога ґрунтується на статті стабілізації в конкретному договорі, то інтерпретація трибуналу різних правових вимог і заперечень не повинна впливати на законні права й обов'язки тих, хто не є учасниками договору. Стабілізаційне застереження – договірне положення, в силу якого держава обіцяє не змінювати нормативного середовища, у якому інвестиції працюють у збиток рентабельності, як правило, протягом певного періоду часу (зазвичай 30 років). Це не означає, що стабілізаційне застереження в контрактах між інвестором і державою – хороша ідея. Важко уявити собі си-

туації, у яких уряд міг би обмежити власні можливості й, відповідно, відмовився від зміни економічних, соціальних, політичних чи екологічних умов. Доволі критично у своїх дослідженнях до стабілізаційних положень ставляться John Ruggie International Finance Corporation “Stabilization Clauses and Human Rights” (May 2008) [1], Robert Howse “Freezing Government Policy: Stabilization Clauses in Investment Contracts”, 3 (1) Investment Treaty News (April 2011) [2]. А що робити, якщо інвестор стверджує, що екологічне регулювання порушує норми міжнародного права, «стандарт справедливого й рівноправного режиму», що містяться в DR-CAFTA? У такому випадку розгляд арбітражем правових вимог і заперечень сторін спору набуває більш широкого характеру. Хоча формально розглядається конкретна справа між інвестором і приймаючою державою, рішення трибуналу несе потенціал, щоб змінити спосіб, яким інші держави та інші іноземні інвестори сприйматимуть подібні юридичні права й обов'язки. Тому екстериторіальні правові особливості конкретних спорів між інвестором і державою також повинні враховуватись під час обговорення відповідних методів для вирішення таких спорів.

В) Політичний континуум.

Критерій політичності може бути розглянуто за допомогою таких чотирьох питань: а) у якому типі й секторі інвестицій виникло питання? б) наскільки незвичайні та сміливі претензії інвестора? в) які потенціальні наслідки для індивідуального і зведеного бюджетів від вимог позивача? г) у якому економічному й політичному кліматі відбулися події, що стали причиною суперечки?

Стосовно першого питання необхідно звертати увагу на сферу інвестування, тому що деякі види підприємницької діяльності є більш політизованими, ніж інші. Наприклад, інвестиції у видобувні галузі є більш політизованими, на відміну від інвестицій у будівництво офісної будівлі. Питання сміливості претензій інвестора виникає у випадку претензій щодо «справедливого й рівноправного режиму», а саме: надання інвестору права отримати компенсацію за втрачену вигоду в результаті прийняття державою нових стандартів регулювання [3].

Стосовно питання бюджетних наслідків необхідно зауважити, що в реальному світі державні витрати – гаряче політичне питання, і не дарма. 300 млн дол. США збитків для Сполучених Штатів Америки були б краплею у фінансовому відрі, тоді як з'їли б третину всього бюджету уряду Буркіна-Фасо [4]. Водночас очевидно, що збанкрутілий уряд, який скорочує основні пільги або підвищує податки своєму населенню, для того щоб передавати великі суми грошей для інозем-

них інвесторів, не буде довго залишатися при владі. Звичайно, ці питання лежать у площині рівня демократії в країні.

Під час аналізу політичного та економічного контексту необхідно виходити з різноманітних факторів, які можуть підняти складні міркування щодо конкретних суперечок. Як приклад, щоб спростити пояснення, виділимо три основні групи сценаріїв, із яких можуть виникнути суперечки інвестор-держава: звичайні часи, часи економічної кризи, часи політичної кризи або перехідні. Останні два не завжди є взаємовиключними, і кожен із них може бути великою і дрібною кризою. Однак основним є те, що контекстні фактори можуть відігравати роль – іноді навіть вирішальну – у визначенні юридичних прав і обов'язків у спорах між інвесторами й державними. Ця ідея закладена в міжнародно-правовій доктрині та договірному праві за неможливості зміни обставин і форс-мажорних обставин. Контекстні міркування іноді включені в двосторонні інвестиційні договори. Ст. XI Двосторонньої інвестиційної угоди між Сполученими Штатами Америки й Аргентиною [5] передбачає за необхідності можливість відхилення від договірних зобов'язань для підтримання громадського порядку та в інтересах безпеки або міжнародного миру. Ст. 20 US Model BIT (2012) [6] дозволяє відхилення від договірних зобов'язань, пов'язаних із фінансовими послугами, якщо це здійснюється на підставі пруденційного регулювання.

Справа *Piero Foresti and Others v. The Republic of South Africa* [7] ілюструє актуальність класифікації спорів у межах політичного континууму. У цьому випадку група європейських інвесторів уклали інвестиції в південноафриканські гранітні копальні в 1990-х рр. і набули зазначених прав власності, відповідно до визначених законами того періоду норм. Коли новий, демократично обраний уряд уніс поправки в ці закони і прийняв низку ініціатив, щоб виправити попередні дискримінаційні закони, права власності інвесторів стали менш цінними. Інвестори відреагували шляхом подачі на підставі договорів позовів в арбітраж проти Південної Африки. Інвестор, який приймає рішення подати позов про отримання компенсації в таких обставинах, повинен не ігнорувати політичний контекст. Арбітри були позбавлені завдання вирішувати питання компенсацій в умовах прийняття демократичного законодавства, цей позов був відкликаний, перш ніж настав час для прийняття рішення. Виникають абсолютно протилежні випадки, коли уряд змінюється в результаті військового перевороту, як це трапилося в Єгипті. Економічні кризи, у свою чергу, підвищують складність. Значення політичного континууму по-

лягає в його здатності покласти всі ці потенційні політичні бурі на інвестиційних юристів, арбітрів і переговори.

**Висновки.** Доводиться доцільність класифікації спорів за трьома континуумами, а саме: соціально-правові, територіальні й політичні. Така тривимірна класифікація інвестиційних спорів визначає основні напрями, за якими інвестиційні спори схожі й несхожі. Зокрема, розглядаються специфічні характеристики інвестиційних спорів, які можуть становити значні труднощі

для прийняття рішення інвестиційними арбітрами, що не тільки є справедливим для сторін спору, а й ефективним, стабільним і справедливим загалом. На основі цього аналізу можна передбачити зміст такого покоління інвестиційних договорів. У цих договорах будуть міститися різні матеріально-правові зобов'язання, стандарти компенсації, види розгляду й, можливо, навіть різні форуми з вирішення спорів, які повинні застосовуватися за типами суперечок між інвестором і державою.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Malaysian Historical Salvors STN BHD v The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction (17 May 2007), paras 14–16 (describing the original arbitration proceedings in Malaysia) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.italaw.com/cases/646>.
2. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 and AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Joint Decision on Liability (30 July 2010).
3. John Ruggie International Finance Corporation “Stabilization Clauses and Human Rights” (May 2008) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ifc.org/ifcext/media.nsf/Content/Stabilization\\_Clauses\\_Human\\_Rights](http://www.ifc.org/ifcext/media.nsf/Content/Stabilization_Clauses_Human_Rights).
4. Robert Howse, “Freezing Government Policy: Stabilization Clauses in Investment Contracts”, 3(1) Investment Treaty News (April 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.iisd.org/pdf/2011/iisd\\_itn\\_april\\_2011\\_en.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2011/iisd_itn_april_2011_en.pdf).
5. Див., наприклад, Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA (UNCITRAL rules), остаточне рішення Трибуналу по суті справи (3 серпня 2005 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (відхилення принципу «справедливості і рівноправності» в галузі екологічного права).
6. The World Bank Country Report for Burkina Faso (available at: <http://data.worldbank.org/country/burkina-faso>) shows general government final consumption expenditures of \$1,268,998,089 in current 2006 dollars.
7. United States-Argentina BIT [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_us.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf).
8. US Model BIT (2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.state.gov/documents/organization/188371.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf).
9. Piero Foresti and Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award, (4 August 2010).