

## ПРАВОВІ РЕЖИМИ МІЖНАРОДНОЇ ТОРГІВЛІ ТА ІНВЕСТИЦІЙ: ВІДМІННОСТІ, ЗБЛИЖЕННЯ, ІМПЛІКАЦІЇ ДЛЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВЦЯ

## LEGAL REGIMES OF INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT: DISTINCTIONS, CONVERGENCE, IMPLICATIONS FOR THE NATIONAL LEGISLATOR

Поєдинок В.В.,

доктор юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри господарського права  
юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Статтю присвячено спільним та відмінним рисам правових режимів міжнародної торгівлі та інвестицій. Наголошено на триваючому процесі їх зближення та пов'язаних з ним правових проблемах. Вказано на окремі імплікації цього процесу для національного законодавця.

**Ключові слова:** міжнародна торгівля, міжнародні інвестиції, ГАТТ, двосторонні інвестиційні угоди, захист інвестицій.

Статья посвящена общим и отличительным чертам правовых режимов международной торговли и инвестиций. Отмечен длящийся процесс их сближения и связанные с ним правовые проблемы. Указаны некоторые импликации этого процесса для национального законодателя.

**Ключевые слова:** международная торговля, международные инвестиции, ГАТТ, двусторонние инвестиционные соглашения, защита инвестиций.

The article deals with the general and distinctive features of international trade and investment legal regimes. The ongoing process of their convergence and associated legal issues are emphasized on. Some implications of this process for the national legislator are pointed out.

**Key words:** international trade, international investment, GATT, bilateral investment agreements, investment protection.

**Постановка проблеми.** У реальному господарському житті *міжнародна торгівля та інвестиції* тісно пов'язані між собою: суб'єкти господарювання придбавають або продають товари та послуги для підтримки своєї інвестиційної діяльності, вони ж інвестують задля сприяння і диверсифікації торгівлі вироблюваною продукцією. Однак міжнародне право розглядає торгівлю та інвестиції як різні об'єкти регулювання, а, власне, це регулювання здійснюється на цілком різних засадах. По-перше, відносно міжнародної торгівлі системно регулюються на багатосторонній основі з 1947 р., наразі – Світовою організацією торгівлі, тимчасом як міжнародні інвестиційні відносини регулюються приблизно 3000 окремими двосторонніми інвестиційними угодами, які почали масово з'являтися тільки в 1980-х та 1990-х роках. По-друге, міжнародну торгівлю дисциплінують сотні надзвичайно складних правил СОТ, тимчасом як міжнародних інвестицій стосується невелика кількість загальних принципів походженням здебільшого з міжнародного звичаєвого права. По-третє, торговельні угоди впроваджуються виключно між державами, при цьому граничним засобом впливу виступають двосторонні торговельні санкції; згідно ж з інвестиційними угодами, приватні компанії можуть заявляти майнові вимоги до приймаючих держав [1, с. 48].

**Стан дослідження.** Вплив процесів, що відбуваються на стику міжнародного торговельного та інвестиційного права на національне, передусім господарсько-правове регулювання, залишається недостатньо дослідженим в юридичній науці. Залежно від галузе-

вої спрямованості відповідних досліджень, їх автори зосереджуються або на національно-правовому, або на міжнародно-правовому рівнях регулювання, а відносно нечисленні роботи, в яких досліджуються як національно-правові, так і міжнародно-правові регулятори, переслідують передусім компаративістські цілі. Однак міжнародні детермінанти режиму торговельної та інвестиційної діяльності з необхідністю взаємопов'язані, взаємозалежні і взаємодіючі з національними детермінантами, їх виокремлення з сукупної реальності доречно тільки для аналітичних цілей. Так, міжнародно-правові приписи, які обмежують регуляторну свободу держав щодо вжиття протекціоністських заходів, стосуються передусім не іноземних, а національних суб'єктів господарювання. Крім того, у глобальному економічному просторі межа між іноземними та національними суб'єктами господарювання стає все більш умовною: їх розмежування проводиться за формальним критерієм – інкорпорацією, який не забезпечує реального зв'язку суб'єкта господарювання з економічною системою.

**Метою** цієї статті є виявлення і пояснення головних спільних і відмінних рис міжнародно-правових режимів торгівлі та інвестицій, а також, з огляду на ці спільні та відмінні риси, оцінка ролі і зростаючої важливості зазначених режимів для національного господарсько-правового регулювання.

**Виклад основного матеріалу.** Попри спільне коріння (регулювання правового становища іноземців), міжнародно-правові дисципліни у сфері торгівлі та інвестицій традиційно фокусуються на різних, хоч і комплементарних, цілях: *лібералізація* торговель-

них потоків та захист і сприяння іноземним інвестиціям. Як зазначено в преамбулі до ГАТТ 1947, ця угода спрямована на підвищення рівня життя, забезпечення повної зайнятості та значного і постійного зростання реального доходу й ефективного попиту, повне використання світових ресурсів та розширення виробництва й обміну товарів шляхом укладення взаємних та взаємовигідних домовленостей, спрямованих на значне зниження тарифів та інших бар'єрів у торгівлі і на усунення дискримінаційного режиму в міжнародній торгівлі [2]. Прагнучи досягти перелічених макроекономічних цілей, країни обмінюються сприятливими для торгівлі можливостями, але не надають індивідуальних прав експортерам. Загалом, «основними темами» торговельного режиму є загальний добробут, ефективність, лібералізація, обмін доступом до ринків і торговельними поступками, але не права суб'єктів господарювання.

Політекономія міжнародних інвестиційних угод є цілком іншою. Традиційно двосторонні інвестиційні угоди надають захист іноземним інвестиціям, які вже присутні в приймаючій країні. Сторони цих угод прагнуть створити сприятливі умови для інвестиційної діяльності шляхом впровадження міжнародних мінімальних стандартів, зокрема, щодо експропріації, справедливого і рівноправного ставлення та недискримінації.

Потреба в міжнародних інвестиційних угодах визначається тим, що іноземні інвестори не задовольняються засобами захисту їхніх капіталовкладень, закріпленими в законах приймаючих держав. По-перше, приймаюча держава може в односторонньому порядку змінити умови будь-якого захисту, що надається згідно з її законодавством. Цей ризик закладений в асиметричному відношенні між приватним інвестором та суверенною державою. По-друге, іноземні інвестори піддаються загрозі дискримінації, насамперед порівняно з національними інвесторами. Найбільш ефективним механізмом усунення цих чинників є запровадження міжнародно-правового механізму вирішення *інвестиційних спорів*, в якому приватний інвестор наділяється правом позову до приймаючої держави про виплату компенсації або відшкодування збитків у разі порушення цією державою його прав та законних інтересів [3, с. 632].

Цей приватний підхід до вирішення спорів контрастує з механізмом, притаманним торговельному режиму, де сторонами спору можуть бути виключно держави. З цих умов не передбачено відшкодування шкоди, заподіяної в минулому, і граничною мірою впливу є взаємне відкликання торговельних поступок. Торговельний режим є міждержавною концепцією, сфокусованою на макроекономічних питаннях ринкового доступу та торговельних можливостей з метою збільшення загального добробуту; на противагу йому інвестиційний режим сконцентрований на мікроекономічних питаннях залучення та захисту індивідуальних інвестицій. «Якщо нормальний засіб судового захисту в торговельному праві – приведення у відповідність, то в інвестиційному праві – компенсація» [1, с. 56].

Зазначені відмінності не спростовують новітню тенденцію до зближення, взаємопроникнення міжнародного торговельного та інвестиційного права. Зростає кількість міжнародних торговельних угод, які регулюють і питання інвестування. У рамках СОТ це, насамперед, Угода про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи (ТРИМС) та Генеральна угода з торгівлі послугами (ГАТС). США впровадили практику включення зобов'язань щодо інвестицій в багатосторонні (як-от Північноамериканська угода про вільну торгівлю (НАФТА)) та двосторонні торговельні угоди за їх участю. І навпаки, інвестиційне право запозичує підходи торговельного: так, модельні інвестиційні угоди за участю США та Канади встановлюють зобов'язання не лише в традиційній сфері захисту інвестицій на постінвестиційній стадії, а й щодо лібералізації руху інвестицій, з фокусом на пом'якшенні бар'єрів щодо допуску іноземного капіталу та заснування підприємств з іноземною участю.

Практичним наслідком процесу конвергенції міжнародного торговельного та інвестиційного права є усвідомлення іноземними суб'єктами господарювання можливості перетворювати торговельні спори в інвестиційні, з перспективою отримання багатомільйонних компенсацій від приймаючих держав під приводом порушення останніми їхніх прав у зв'язку з веденням інвестиційної діяльності. Надто широкі переліки активів, вкладення в які визнаються інвестиціями згідно з міжнародними інвестиційними угодами, ускладнюють розмежування інвестицій та торговельних операцій. У свою чергу, хитка межа між інвестиційними та торговельними спорами створює загрозу необґрунтованих і недобросовісних позовів до міжнародних інвестиційних арбітражів.

У справі *Petrobart проти Киргизької республіки* [4], порушеній на підставі Договору до Енергетичної Хартії (ДЕХ) під егідою Арбітражного інституту Стокгольмської торгової палати, арбітраж повинен був вирішити, чи можуть права з договору купівлі-продажу газового конденсату, який не передбачав будь-якої передачі грошових коштів або майна як капіталовкладень у господарську діяльність, бути кваліфіковані як інвестиція відповідно до ДЕХ. Слід зазначити, що за попереднім позовом Petrobart проти Киргизстану на підставі киргизького Закону про іноземні інвестиції арбітраж ЮНСІТРАЛ відмовив у юрисдикції. На думку Стокгольмського арбітражу: «Немає єдиного визначення поняття інвестицій, натомість зміст цього терміна варіюється. Хоч в звичайній мові інвестиція часто розуміється як капітал або майно, що використовується як фінансова основа для господарської діяльності з метою отримання прибутку або доходу, більш широкі визначення часто зустрічаються в угодах про захист інвестицій, двосторонніх або багатосторонніх. Поняття інвестиції повинне, відтак, інтерпретуватися в контексті кожної конкретної угоди, в якій цей термін використовується. Відповідною угодою в цьому випадку є Договір до Енергетичної хартії, який захищає інвестиції інвестора однієї Договірної Сторони на території ін-

шої Договірної Сторони, при цьому поняття інвестора та інвестицій визначені у ст. 1 Договору».

Для визначення того, чи становило право Petrobart на отримання платежу за поставлені товари інвестицію, арбітраж звернувся до ст. 1 (6) ДЕХ. Арбітраж визначив, що відповідно до п. 6-с ст. 1 ДЕХ інвестиції включають грошові вимоги та права вимоги щодо виконання згідно з договором, що має економічну цінність і пов'язаний з інвестицією, а відповідно до п. 6-f – будь-яке право, надане відповідно до закону або за договором, або в силу будь-яких ліцензій і дозволів, виданих згідно з законом, здійснювати будь-яку господарську діяльність в енергетичному секторі. «Господарська діяльність в енергетичному секторі» згідно з п. 5 ст. 1 ДЕХ визначається як господарська діяльність щодо розвідування, видобутку, переробки, виробництва, зберігання, транспортування по суші, передачі, розподілу, торгівлі, збуту чи продажу енергетичних матеріалів і продуктів, або щодо розподілу тепла між множинними об'єктами. Арбітраж встановив, що право, надане за договором щодо проведення господарської діяльності з продажу газу, у тому числі право на отримання платежу за такий продаж, є інвестицією відповідно до Договору. Хоч ряд коментаторів інтерпретує широке визначення інвестицій у ДЕХ як таке, що охоплює пропрієтарні права будь-якого роду, у тому числі грошові вимоги на підставі договору купівлі-продажу, інші вказують, що цей висновок не є беззаперечним, оскільки п. 6-с ст. 1 ДЕХ вимагає зв'язку грошових вимог з деякою інвестицією [5, с. 55].

У справах, порушених на підставі Північноамериканської угоди про вільну торгівлю (НАФТА) в арбітражних установах за правилами ЮНСІТРАЛ, деякі арбітражі виявили готовність визнавати юрисдикцію навіть коли регуляторні заходи приймаючої держави стосуються торгівлі товарами, якщо ці заходи впливають на «інвестора» або «інвестицію» в розумінні глави 11 НАФТА. Так, у справі *Pope and Talbot проти Канади* [6] позивач оспорував застосування Угоди між Канадою і США про пиломатеріали з хвойних порід та розподіл експортних квот на підставі цієї Угоди як такі, що становлять численні порушення НАФТА. Відповідач заявив, що «пиломатеріали з хвойних порід» є «товаром», а відтак спір є торговельним спором і повинен розглядатися на підставі глави 20, а не глави 11 НАФТА. Арбітраж вказав, що зазначені позивачем порушення мали відношення і заподіяли шкоду «інвестору» та його «інвестиціям» у розумінні глави 11, та визнав свою юрисдикцію щодо позову. Поміж іншого, він зазначив: «Немає положень, які прямо вказували б на те, що інвестиції та торгівля товарами повинні розглядатися як цілком відокремлені одне від іншого...». В іншому спорі США оспорювали запроваджений Мексикою акциз у розмірі 20 % на напої, в яких використовувалися підсолоджувачі, виготовлені не з тростинного цукру, як порушення національного режиму, і виграли його в Апеляційному органі СОТ. Паралельно з цим американська корпорація *Corn Products International Inc.*, крупний виробник кон-

куруючого підсолоджувача (високофруктозного кукурудзяного сиропу) в Мексиці, заявила вимогу про виплату Мексикою компенсації в розмірі 425 млн. дол. США, обґрунтовуючи її порушенням своїх прав як інвестора згідно з главою 11 НАФТА, включаючи право на отримання національного режиму. Факт такого порушення був визнаний арбітражем Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (МЦВІС) [1, с. 49–50].

Як справедливо вказують французькі автори Д. Карро та П. Жюйар, свобода, що надається міжнародним інвестиційним арбітражам, передбачає ризик розчинення поняття інвестицій в понятті майна, а поняття інвестиційного відношення – у понятті контрактного відношення. Таке розчинення є небезпечним: воно розхитує конвенційну конструкцію, оскільки віддає пріоритет зобов'язанню щодо захисту. Замість того, щоб застосовуватися тільки до інвестицій, це зобов'язання перетворюється у свого роду страхування від усіх ризиків, які можуть загрожувати майну іноземців [7, с. 335].

Розмежування інвестицій і торгівлі все ж таки було дотримане в справі *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* [8]. *Global Trading Resource Corp.* та *Globex International, Inc.* – американські компанії, які займаються передумисним експортом м'ясних продуктів. Позивачі уклали з українським ТОВ «Алан Трейд» договори на доставку і продаж м'яса птиці. Після того, як ТОВ «Алан Трейд» не змогло розрахуватися за договорами, *Global Trading Resource Corp.* та *Globex International, Inc.* подали позов проти України до МЦВІС, вимагаючи виплати компенсації. Позивачі стверджували, що Державний комітет України з державного матеріального резерву, уповноважений на укладення договорів з американськими експортерами м'яса птиці у 2008 р., призначив ТОВ «Алан Трейд» для підписання зазначених договорів. У зв'язку з цим Україна є відповідальною за дії як Державного комітету України з державного матеріального резерву, так і ТОВ «Алан Трейд».

У свою чергу, Україна заявила, що вимоги позивачів являють собою ніщо інше, ніж вимоги про оплату за торговельними договорами і, таким чином, не є вимогами щодо «інвестицій». Арбітраж встановив, що договори купівлі-продажу, укладені позивачами, були звичайними комерційними трансакціями, тож не можуть вважатися інвестиціями для цілей Вашингтонської конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами.

**Висновки.** У світлі конвергенції між міжнародним торговельним та інвестиційним правом розробникам політики та законодавцю необхідно мати на увазі, що вжиття регуляторних заходів у сфері торгівлі може мати непередбачені наслідки в інвестиційній сфері у вигляді подання позовів іноземними інвесторами, задоволення яких означатиме значні непродуктивні витрати держави. Це вимагає посиленої уваги до вибору конкретних регуляторних заходів та способів їх застосування, максимального врахування концепцій як міжнародного торговельного, так і ін-

вестиційного права, вивчення арбітражної практики з метою відпрацювання продуктивної тактики захисту публічних інтересів у відповідних спорах.

Крім того, власне законодавство України (господарське, податкове та інші) повинно чітко розрізняти інвестиції та купівлю-продаж. Інвестиції, хоч і можуть опосередковуватися договорами купівлі-продажу та іншими договорами на оплатну передачу майна, мають власний, відмінний зміст. Універсальною правовою характеристикою інвестицій як операцій інвестора є їх належність до операцій, пов'язаних з рухом капіталів, що визначає відмінності в їх правовому регулюванні порівняно з поточними операціями (насамперед, операціями з торгівлі товарами та послугами) як на внутрішньо-, так і на міжнародно-правовому рівнях. Тимчасом як поточні опе-

рації здійснюються з метою отримання зустрічного відшкодування від контрагента, операції, пов'язані з рухом капіталів, передбачають отримання господарського ефекту внаслідок набуття контролю над активами або передачі активів іншій особі та наступного використання зазначених активів у господарській діяльності. Операції, пов'язані з рухом капіталів, для більшості суб'єктів господарювання не є звичайними, передбачають подолання специфічних стереотипів і вищі трансакційні витрати та характеризуються підвищеним ризиком, тому потребують особливо сприятливих умов, у тому числі правових, для їх здійснення. З іншого боку, з цими операціями пов'язані вищі ризики в площині публічних інтересів, з огляду на що свобода здійснення таких операцій традиційно підлягає значним обмеженням.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. DiMascio N. Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin? / N. DiMascio, J. Pauwelyn // *The American journal of international law*. – 2008. – Vol. 102. – No.1. – Pp. 48–89.
2. Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ 1947) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 84. – Ст. 2989.
3. Sykes A. Public v. private enforcement of international economic law: of standing and remedy / A. Sykes // *The Journal of legal studies*. – 2005. – Vol.34. – No.2 (06). – Pp. 631–666.
4. Petrobart v. Kyrgyz Republic, Stockholm Chamber Case №. 126/2003, Final Award, 29 March 2005.
5. International investment law: understanding concepts and tracking innovations / OECD. – OECD, 2008. – 340 p.
6. Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Award, 26 January 2000.
7. Карро Д. Международное экономическое право: [учебник] / Д. Карро, П. Жюйар. – М: Международные отношения, 2001. – 608 с.
8. Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine: ICSID Case No. ARB/09/11: Award of 1 December 2010 [Electronic resource]. – Mode of access : <http://icsid.worldbank.org/.../FrontServlet?requestType>.