

ДВОСТОРОННІ ІНВЕСТИЦІЙНІ ДОГОВОРИ: ТИПОВА СТРУКТУРА, ПОНЯТТЯ І ФОРМУЛЮВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ

Історія укладання двосторонніх інвестиційних договорів (двосторонніх договорів про сприяння та захист інвестицій) налічує близько 50-ти років. За цей час було укладено майже 3000 договорів [1, с. 100], у понад 70-ти з яких Україна є стороною [2]. На даний час двосторонні інвестиційні договори є загальноприйнятими міжнародно-правовими інструментами, якими користуються держави з метою налагодження економічних відносин і захисту капіталу за кордоном. В цих договорах на міжнародному рівні закріплюються зобов'язання держав відносно поводження з іноземними інвесторами та їх інвестиціями, а також механізми врегулювання спорів, що виникають на їх основі.

Приймаючи до уваги велику кількість укладених двосторонніх інвестиційних договорів та різноманітні політичні й економічні обставини, за яких був укладений кожен із них, можна припустити, що вони є далеко не стандартизованими. Дійсно, навіть короткий огляд дає змогу побачити, що двосторонні інвестиційні договори зазвичай відрізняються за своїм обсягом, структурою, формулюваннями положень і обсягом зобов'язань. Разом з тим, практика укладання таких договорів демонструє наявність досить типових елементів, які містяться в більшості договорів. У даній статті зроблена спроба узагальнення структури двосторонніх інвестиційних договорів, а також аналізу їх понять і формулювання положень.

Двосторонні інвестиційні договори мають подібну назву, яка відображає їх призначення та зазвичай є такою: «Угода (Договір) між [однією державою] та [іншою державою] (або між Урядом [однієї держави] та Урядом [іншої держави]) про сприяння та (взаємний) захист інвестицій». Преамбули таких договорів також досить схожі. Вони містять положення про наміри сторін, серед яких типовими є наступні:

- бажання сприяти економічному співробітництву між державами;
- намір створювати та підтримувати сприятливі умови для інвестицій;
- визнання потреби в заохочуванні та захисті іноземних інвестицій з метою сприяння економічному добробуту держав.

Варто відмітити, що ці наміри не носять обов'язкового характеру і не створюють позитивних зобов'язань для держав зі збільшення кількості інвестицій, адже зрозуміло, що держави не можуть змусити своїх підданих здійснювати інвестиції в інші держави. Однак, в деяких випадках преамбули договорів можуть використовуватися в процесі їх тлумачення арбітражними трибуналами, що розглядають інвестиційні спори [3, с. 124].

Основний текст двосторонніх інвестиційних договорів починається з визначення понять. У більшості випадків єдиними поняттями, що визначаються, є «інвестиції», «інвестор», «доходи» («прибутки») і «територія». Визначення інвестицій зазвичай дуже широке і охоплює «будь-який вид активів» або «будь-який вид інвестицій на території однієї зі сторін». Також, у визначенні міститься невичерпний перелік можливих інвестицій, до якого, як правило, включені наступні:

- рухома та нерухома власність, а також такі права, як іпотека, право утримання, застава;
- акції, долі або будь-які інші види участі в компаніях;
- вимоги щодо грошей або будь-яких інших зобов'язань, що мають економічну цінність;
- права на інтелектуальну власність, включаючи авторські права та права на фірмові знаки, патенти, промислові розробки, технологічні процеси, ноу-хау, комерційні таємниці, фірмові назви та «гудвіл», які пов'язані з інвестицією;

- концесії, надані згідно із законодавством або за контрактом, включаючи концесії на розвідання, видобування або експлуатацію природних ресурсів.

Як видно, під визначення підпадають будь-які інвестиції — прямі та непрямі, такі, що складаються з матеріальних активів, та нематеріальних, і, загалом, будь-які контрактні чи інші транзакції, що мають економічну цінність. Об'ємність поняття інвестицій для цілей двосторонніх інвестиційних договорів була неодноразово підтверджена практикою арбітражних трибуналів, першочерговим завданням яких під час процесу розгляду спору є визначення наявності належної інвестиції та інвестора. Для прикладу, у справі *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela* трибунал прийшов до висновку, що прості векселі, випущені Венесуелою і придбані позивачем у початкового утримувача на вторинному ринку шляхом індосаменту, були інвестиціями відповідно до двостороннього інвестиційного договору між Нідерландами та Венесуелою [4], визначення понять якого були аналогічними наведеним вище.

Щодо поняття «інвестор», то воно стосується:

фізичних осіб, що є громадянами однієї зі сторін інвестиційного договору;

юридичних осіб, включаючи компанії, корпорації, ділові асоціації та інші організації, які засновані або інакше належним чином організовані згідно із законодавством однієї зі сторін договору і мають своє місцезнаходження разом з реальною економічною діяльністю на території цієї ж сторони.

Хотілося б звернути увагу на те, що в деяких двосторонніх інвестиційних договорах визначення інвестора поширюється і на юридичних осіб, які засновані не за законом однієї зі сторін, але ефективно контролюються її фізичними або юридичними особами. В таких випадках при застосуванні двостороннього інвестиційного договору можуть виникнути певні проблеми, адже концепція контролю в міжнародному праві є досить широкою і гнучкою. Вона може базуватися не тільки на особі мажоритарного власника, а й на інших критеріях, таких як управлінська відповідальність, право голосу, національність членів ради директорів тощо [3, с. 124].

Для визначення національності інвестора різні інвестиційні договори використовують різні підходи. Так, договір між Сінгапуром та Об'єднаним королівством Великобританії та Північної Ірландії визначає компанію останнього як компанію, що створена у Об'єднаному королівстві. Водночас, договір між Сінгапуром та Німеччиною визначає німецькою компанією таку, що має своє місцезнаходження в Федеративній Республіці Німеччині. В договорі між Об'єднаним королівством та Філіппінами компанія визначається як така, що «фактично здійснює свою діяльність відповідно до чинного законодавства і на території сторони, в якій знаходиться менеджмент, що здійснює ефективне управління» [5, с. 200].

Практика свідчить, що арбітражні трибунали в інвестиційних справах займають досить м'яку позицію і готові підтримувати будь-якого легітимного інвестора, навіть якщо ним є холдингова компанія. Така практика інколи призводить до зловживань зі сторони інвесторів, адже при наявності кількох фіктивних компаній, зареєстрованих в різних країнах в структурі інвестора, у нього з'являється можливість вибору інвестиційного договору, який йому найбільше підходить для цілей вирішення спору (так званий *treaty shopping*).

Поняття «доходи» («прибутки»), як правило, охоплює будь-які суми, одержані від інвестицій, в тому числі, прибутки, відсотки, приріст капіталу, дивіденди, роялті, гонорари, ліцензійні та інші платежі.

«Територія» визначається як територія кожної з договірних сторін, яка знаходиться під її суверенітетом, та морські і підводні райони, над якими держава здійснює суверенітет відповідно до міжнародного права, суверенні права або юрисдикцію.

Після визначення понять у більшості двосторонніх інвестиційних договорів слідує положення про сприяння (заохочення) та допуск інвестицій. У цих положеннях в коротких та загальних виразах вказується на наміри сторін сприяти та допускати інвестицій одна одній згідно з законами приймаючої держави. Варто навести кілька прикладів таких положень. Досить типовим є положення Угоди між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій: «Кожна Договірна Сторона на своїй території сприятиме, наскільки це можливо, інвестиціям інвесторів іншої Договірної Сторони та допускатиме такі інвестиції згідно з її законами та правилами» [6]. Трохи відмінним за формою, але подібним за змістом є формулювання Угоди між Урядом України та Урядом Арабської Республіки Єгипет: «Кожна зі Сторін до-

пускатиме інвестиції інвесторів другої Сторони відповідно до її законодавства та адміністративної практики та сприятиме таким інвестиціям настільки наскільки це можливо» [7].

В Угоді між Урядом України та Урядом Латвійської Республіки міститься такий варіант формулювання: «Кожна Договірна Сторона заохочує інвестиції та створює на своїй території сприятливі умови для інвестицій інвесторів іншої Договірної Сторони і приймає такі інвестиції згідно з її законодавством та нормами» [8]. Як видно, в даному положенні більший акцент зроблено на заохоченні та створенні умов для інвестицій, що може навести на думку про більш зобов'язальний характер положення. Дійсно, деякі вчені, в тому числі М. Рейсман і Р. Слоан, вважають, що «сприятливі умови» передбачають, що приймаюча держава має не просто відкрити двері для іноземних інвесторів, але й повинна створити та підтримувати достатню для них правову, адміністративну та регулятивну системи [9]. З іншої сторони, приймаючи до уваги відсутність у договорах чітких вказівок на необхідність створення такої системи та на можливі шляхи створення сприятливих умов, можна зробити висновок, що відповідні положення є скоріше декларативними та містять лише наміри сторін договору. Однак, варто зазначити, що попри декларативність положень про сприяння (заохочення) інвестицій, теоретично вони можуть бути порушеними, наприклад, у випадку, коли держава систематично та цілеспрямовано здійснює дії по перешкоджанню іноземним інвестиціям і створенню несприятливого інвестиційного клімату. Разом з тим, такі дії, скоріше за все, призведуть і до порушення зобов'язання щодо надання справедливого і рівноправного ставлення, що ймовірно і стане підставою для арбітражного позову зі сторони інвестора. На даний момент не існує жодного позову на основі двостороннього інвестиційного договору, в якому було б посилення на порушення положення про сприяння (заохочення) [3, с. 129].

В деяких двосторонніх інвестиційних договорах в положеннях щодо сприяння та допуску інвестицій містяться вказівки відносно допуску персоналу та заснування офісів. Під допуском персоналу мається на увазі надання дозволів на роботу громадян держави інвестора або третьої держави в державі, що приймає інвестиції, у зв'язку з такими інвестиціями. Для прикладу можна навести положення договору між Україною та Китайською Народною Республікою: «Кожна з Договірних Сторін відповідно до свого законодавства надаватиме сприяння в отриманні громадянами іншої Договірної Сторони віз та дозволів на роботу в зв'язку з інвестиціями, здійсненими на її території» [10]. Як свідчить наведений приклад, в даному випадку йдеться лише про допуск громадян договірних сторін. Натомість, в договорі між Україною та Швейцарією йдеться про надання дозволів «... для діяльності консультантів та інших кваліфікованих осіб іноземного громадянства».

Деякі двосторонні інвестиційні договори вимагають від сторін заохочувати або будь-яким чином сприяти створенню представницьких офісів інвесторів на своїй території. Так, у договорі між Україною та Єгиптом зазначено, що кожна зі сторін сприятиме інвестиціям наскільки це можливо «включаючи полегшення в заснуванні представницьких офісів».

Після положень щодо сприяння (заохочення) та допуску інвестицій йдуть положення, що стосуються поведінки з інвестиціями. Ці положення є ключовими у будь-якому двосторонньому інвестиційному договорі. Вони містять так звані стандарти ставлення до інвестицій, які визначають зобов'язання держав стосовно рівня ставлення, який має надаватися іноземним інвесторам та їх інвестиціям. Порушення цих стандартів може стати підставою для позову зі сторони іноземного інвестора у разі, коли приймаюча держава своїми діями завдала шкоди інвестору або його інвестиціям. До таких стандартів у різних формулюваннях можуть бути включені:

стандарт справедливого і рівноправного ставлення або мінімальний міжнародний стандарт ставлення;

стандарт повного захисту та безпеки;

стандарт захисту від необґрунтованих чи дискримінаційних дій;

національний режим;

режим нації найбільшого сприяння;

стандарт заборони експропріації.

Після стандартів ставлення до інвестицій в двосторонніх інвестиційних договорах йдуть положення щодо переказів коштів і вирішення спорів. У положеннях щодо переказів ко-

штів передбачається, що кожна зі сторін договору надає можливість інвесторам іншої сторони необмежено переказувати за кордон платежі, що стосуються інвестицій. Такі платежі можуть стосуватися, наприклад, прибутків від інвестицій; додаткових внесків капіталу, необхідних для утримання або розвитку інвестицій; сум, пов'язаних з взятими позиками або іншими контрактними зобов'язаннями; виручки від повної або часткової ліквідації інвестицій та іншого.

Положення щодо вирішення спорів між однією договірною державою та інвестором іншої договірної держави визначає способи вирішення таких спорів, які, як було вказано вище, виникають внаслідок порушення зобов'язань державою. Потрібно сказати, що якщо стандарти ставлення до іноземних інвестицій служать для закріплення таких зобов'язань, то можливість арбітражу безпосередньо між інвестором і приймаючою державою є способом захисту інвестора від їх невиконання державою. Відповідно до загальноприйнятої практики, першим способом, до якого мають вдаватися сторони при виникненні спору, є консультації або переговори. Якщо ж вони не призводять до вирішення спору протягом 3-6 місяців, як правило, передбачається, що інвестор може передати спір до міжнародного арбітражу. Зазвичай, у двосторонньому інвестиційному договорі визначаються установи, до яких може звернутися інвестор. Найбільш часто вказуються Міжнародний центр із врегулювання інвестиційних спорів, створений відповідно до Вашингтонської конвенції 1965 р. або його Додатковий орган (у тому разі, коли одна зі сторін договору не є учасницею Конвенції), *ad hoc* арбітраж на основі арбітражних правил ЮНСІТРАЛ, а також, інколи Арбітражний інститут торгової палати Стокгольму або Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати.

Також, у двосторонніх інвестиційних договорах містяться положення стосовно вирішення спорів між сторонами, тобто безпосередньо між договірними державами, відносно тлумачення або застосування договору. Такі спори, як правило, вирішуються *ad hoc* арбітражем у складі трьох осіб. Кожна сторона, при цьому, призначає одного арбітра. Голову арбітражу обирають призначені арбітри, а в разі відсутності згоди між ними, Президент Міжнародного суду. Процедура проведення арбітражу визначається самим трибуналом. Рішення є обов'язковими для сторін.

Наприкінці двосторонніх інвестиційних договорів містяться положення про дотримання зобов'язань, заключні положення, а також додатки, протоколи та виключення, у разі наявності.

Підсумовуючи, варто зазначити, що хоча структура двосторонніх інвестиційних договорів є досить типовою, але змістовне наповнення цих договорів, так само як і формулювання їхніх положень можуть суттєво відрізнятись. Особливо, це стосується положень про поведження з інвестиціями, в яких виключення певного стандарту ставлення або його характерне формулювання може мати пряий вплив на визначення обсягу прав інвестора, а як наслідок — на його можливість захистити свої права у разі виникнення спору на підставі договору.

Використана література:

1. *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>. — P. 100.
2. *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.
3. *Newcomb A, Paradell L Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. — Kluwer Law International, 2009. — P. 124.
4. *Fedax N.V. The Republic of Venezuela (Award on Jurisdiction, 11 July 1997)*. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://italaw.com/documents/Fedax-1997-Last.pdf>. — para. 19.
5. *Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. Third Edition*. — Cambridge University Press, 2010. — P. 200.
6. *Угода між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій*. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=756_003.
7. *Угода між Урядом України та Урядом Арабської Республіки Єгипет про сприяння та взаємний захист інвестицій*. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=818_005.

8. *Угода між Урядом України та Урядом Латвійської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=428_005.

9. *Reisman W. M., Sloane, R. Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation, Faculty Scholarship Series (2004).* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=fss_papers. — Р. 4.

10. *Угода між Урядом України та Урядом Китайської Народної Республіки про заохочення та взаємний захист інвестицій.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=156_012.

Шемшученко С. О. Двосторонні інвестиційні договори: типова структура, поняття і формулювання положень.

У статті проводиться огляд типових елементів структури двосторонніх інвестиційних договорів. Аналізуються основні поняття і формулювання положень таких договорів.

Ключові слова: двосторонні інвестиційні договори, іноземні інвестиції, міжнародний інвестиційний арбітраж.

Шемшученко С. О. Двусторонние инвестиционные договоры: типовая структура, понятия и формулировки положений.

В статье проводится обзор типичных элементов структуры двусторонних инвестиционных договоров. Анализируются основные понятия и формулировки положений таких договоров.

Ключевые слова: двусторонние инвестиционные договора, иностранные инвестиции, международный инвестиционный арбитраж.

Shemshuchenko S. Bilateral Investment Treaties: Typical Structure, Definitions and Formulations of Clauses.

This article is devoted to the review of typical elements of bilateral investment treaties structure. Key definitions and formulations of clauses in such treaties are being analysed.

Key words: bilateral investment treaties, foreign investments, international investment arbitration.