

Міністерство освіти і науки України
Національний технічний університет
«Дніпровська політехніка»

Навчально-науковий інститут гуманітарних і соціальних наук
Кафедра цивільного, господарського та екологічного права



Вибіркова навчальна дисципліна:

Інвестиційне право

Тема 8. Вирішення інвестиційних спорів

професор кафедри ЦГЕП

Лектор:

доктор юридичних наук, професор Чабаненко М.М.

Розробники: Чабаненко М.М.

Для студентів напрямів підготовки:


Доступне для завантаження на сайті кафедри:

для магістрів спеціальності 081 «Право»

<https://do.nmu.org.ua/course/view.php?id=6875>



ПЛАН

1. Механізми вирішення інвестиційних спорів
 2. Як ініціювати інвестиційний арбітраж
 3. Виконання інвестиційних арбітражних рішень
- 

ВСТУП

Як і в будь-якій правовій державі, в нашій країні інвестиції, законні права та інтереси іноземних інвесторів захищаються законами України. Проте не завжди такий захист може бути реалізований належним чином, внаслідок чого можуть виникати інвестиційні спори між державою, що приймає іноземні інвестиції, та іноземним інвестором. Для вирішення таких суперечок існує певний механізм, який передбачає використання інвестиційного арбітражу.

Інвестиційний арбітраж — це процедура вирішення спорів між іноземними інвесторами та державою, яка приймає інвестиції. Можливість звернення іноземного інвестора в інвестиційний арбітраж з позовом до приймаючої держави є певною гарантією для інвестора у разі порушення його прав у державі, яка приймає інвестиції.

Міжнародний центр з урегулювання інвестицій (МЦУІС), який входить до Групи Світового банку і який був створений у 1966 році², відповідно до основної мети свого створення виконує функції урегулювання інвестиційних спорів між сторонами, збирає статистику кількості інвестиційних спорів. Так, за період з 2000 по 2022 рік кількість офіційно зареєстрованих інвестиційних спорів зросла у 3,4 рази. Усього ж за період з 1972 по 2022 рік було зареєстровано 1232 інвестиційні спори [1]

При цьому 2022 року найбільше скарг від інвесторів припадало на такі регіони: Східна Європа та Центральна Азія (27 % усіх спорів), Південна Америка (17 %), Близький Схід та Північна Африка (14 %), Західна Європа (12 %), Центральна Америка (10 %), Південна та Східна Азія (10 %), Північна Америка (5 %), Субсахарська Африка (5 %).

З метою зменшення та вирішення цих спорів у МПП було розроблено ряд механізмів, які передбачають вирішення інвестиційних спорів між інвестором і приймаючою стороною. Положення, які регулюють вирішення інвестиційних спорів, зазначаються у законодавстві приймаючої сторони, двосторонній інвестиційній угоді та в міжнародних торгових угодах

[1] Кропова А.С. Механізми вирішення інвестиційних спорів. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/article/view/914/850>

1. Механізми вирішення інвестиційних спорів

Одним із найпоширеніших способів вирішення спорів є міжнародний арбітраж, який існує як альтернатива національним судам. За визначенням словника Бібліотеки Палацу миру, «міжнародний (комерційний) арбітраж – це метод вирішення спорів, за якого сторони погоджуються, що їхній спір розглядається однією або декількома приватними особами (арбітрами), а не судом⁵. Для використання цього способу необхідна згода сторін, яка зазвичай зазначається в інвестиційній угоді. Рішення арбітрів при цьому є остаточним і обов'язковим для сторін.

Доволі поширеною є практика, коли іноземні інвестори не мають бажання вкладати кошти у ті держави, де слабка або занадто заполітизована судова система, яка може перешкоджати у вирішенні спору. У зв'язку з цим у МПП було розроблено механізм застосування міжнародного арбітражу. При цьому практика застосування міжнародного арбітражу в інвестиційних спорах відрізняється від комерційних. Це пов'язано, по-перше, зі специфікою права, що застосовується під час вирішення таких спорів, оскільки інвестиційні спори регулюються відповідно до міжнародного права, яке базується на порушенні інвестиційного договору, який виступає джерелом міжнародного права.

По-друге, характер відносин між інвестором і приймаючою стороною у більшості випадків має довгостроковий характер. По-третє, інвестиційні спори самі по собі стосуються великих сум.

Відповідно до зазначеного можна виділити такі переваги міжнародного арбітражу щодо звичайного судового процесу. Так, арбітри, які зазвичай розглядають спір, виступають експертами в галузі інвестиційного права, тому їх рішення відображають розуміння комерційних питань, що пов'язані зі спором. Крім того, використання міжнародного арбітражу порівняно з судовим процесом є більш дешевшим і швидшим способом вирішення спору. Також міжнародний арбітраж за своєю суттю налаштовує сторони до меншої ворожості одна стосовно одної, що важливо з огляду на те, що за своєю природою міжнародне інвестування є довготривалим процесом.

Відповідно інвестор і приймаюча сторона можуть продовжити свої відносини після завершення розгляду спору. І, наостанок, арбітраж, як правило, проходить конфіденційно, і судові рішення та судові документи не оприлюднюються для громадськості. Така практика особливо корисна, коли розглядається закрита інформація, що виступає перевагою для інвесторів.

Проте, незважаючи на такі явні переваги міжнародного арбітражу, більшість міжурядових угод містять положення щодо альтернативного методу врегулювання інвестиційних спорів, які використовуються до офіційного початку арбітражу. Використання такого методу доволі поширене, оскільки вважається менш витратним і сприяє збереженню доброзичливих відносин. Наприклад, у ст. 8 Угоди зі сприяння та захисту інвестицій Арабської Республіки Єгипет зазначається: «Спори, що виникають між приймаючою стороною та інвестором, на території першої, які стосуються порушень даної Угоди, необхідно наскільки це можливо вирішити шляхом консультацій, переговорів або посередництвом (надалі іменується як «процедура мирного врегулювання»)). [1]

Ідея такого альтернативного методу врегулювання спорів, як примирення (використовується як обговорення з метою досягнення компромісу) або посередництво (процедура подібна до арбітражу, але її рішення не має обов'язкового характеру) виникла з метою зменшення часу та коштів на розгляд справи. За своєю формою вона розглядається як структурована дипломатія, основне завдання якої – запобігти ескалації конфлікту. Подібно до застосування міжнародного арбітражу використання альтернативних методів вирішення суперечок має конфіденційний характер, тому частота використання цих методів, а також результати їх використання невідомі. Варто також відмітити, що деякі держави віддають перевагу саме таким методам врегулювання суперечок. Наприклад, Канада має спеціально організовану систему, яка пропонує посередницькі послуги під час розгляду інвестиційних спорів, особливо тих, які стосуються нафтовидобувної галузі. [1]

Крім двох зазначених методів, існує також механізм вирішення інвестиційних спорів, який відбувається із залученням Світової організації торгівлі (СОТ). Розгляд справ СОТ відбувається відповідно до Угоди про інвестиційні заходи, пов'язані з торгівлею, більш відомою як Угода ТРІМС (Agreement on Trade-Related Investment Measures), яка була підписана за результатами Уругвайського раунду.

Угода забороняє державам – членам СОТ встановлювати будь-які обмежувальні заходи, які негативно впливають на прямі іноземні інвестиції у галузі виробництва. Крім того, Угодою передбачається, що держави-члени застосовуватимуть до таких інвесторів режим найбільшого сприяння, як і для вітчизняних інвесторів. Головна особливість цієї Угоди полягає у тому, що норми ТРІМС мають пряму дію на території держав – учасниць СОТ, тоді як інші угоди СОТ передбачають закріплення їх норм у національному законодавстві¹⁰. За визначенням багатьох науковців, Угода ТРІМС є доволі технічною, більшість положень якої обмежується торгівлею товарами. Проте основна мета цієї Угоди у галузі інвестицій стосується сприяння залученню прямих іноземних інвестицій шляхом усунення торговельних бар'єрів.

У рамках системи СОТ можливе врегулювання спорів тільки міждержавними засобами правового захисту, що не завжди підходить для врегулювання інвестиційних спорів. Проте деякі багатонаціональні компанії використовують СОТ для вирішення спорів. Наприклад, справа Fujі проти Kodak, коли компанії звинувачували одна одну в нечесній конкуренції й обрали майданчик СОТ для вирішення спору [1].

Ще одним механізмом вирішення інвестиційних спорів виступає інституційний арбітраж. Інституційний арбітраж – це вид арбітражу, за якого спір розглядається спеціалізованою установою, яка бере на себе роль адміністрування арбітражного процесу. При цьому кожна організація, яка займається інституційним арбітражем, має власний набір правил і власну форму адміністрування [1].

[1] Кропова А.С. Механізми вирішення інвестиційних спорів. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/article/view/914/850>

Так, однією із найпоширеніших організацій, що займається інституційним арбітражем при вирішенні інвестиційних спорів, є МЦУІС. Основна угода, якою регулюється організація, – Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, прийнята 1966 року – міжнародний договір, який визначає процедуру вирішення спорів між приймаючою стороною та іноземним інвестором.

Механізм вирішення спорів відповідно до принципів роботи МЦУІС ґрунтується на таких принципах:

1. Використання процедури примирення чи арбітражу для вирішення спорів у тому випадку, якщо приймаюча сторона чи держава походження інвестицій не ратифікували Конвенцію МЦУІС.
2. Використання процедури примирення чи арбітражу у спрах, які виникли не напряду через прямі іноземні інвестиції.
3. Визначення факторів, що призвели до спору. Це в першу чергу пов'язано з тим, щоб запобігти виникненню нових спорів.

Крім МЦУІС, популярністю також користуються такі інституції, як: Міжнародний арбітражний суд (Париж), Лондонський суд міжнародного арбітражу, Сінгапурський міжнародний арбітражний центр, Дубайський міжнародний арбітражний центр тощо. [1]

2. Як ініціювати інвестиційний арбітраж

Розгляд інвестиційних спорів проходить в арбітражі ad hoc або в інституційних центрах вирішення інвестиційних спорів. Арбітраж ad hoc, на відміну від інституційного (постійно діючого арбітражу, згідно з визначеними арбітражними правилами), створюється сторонами для розгляду конкретного спору, що виник. Одним із постійно діючих і найпопулярніших інституційних арбітражів, що розглядає інвестиційні спори, є Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID — International Centre for Settlement of Investment Disputes). Станом на 2019 р. в ICSID зареєстровано близько 750 справ. Україна є відповідачем у двох поточних арбітражних провадженнях в ICSID. Основною відмінністю ICSID від інших арбітражів є його юрисдикція — він може розглядати тільки суперечки між державами та іноземними інвесторами, що пов'язані з інвестиціями, та не має юрисдикції розглядати комерційні спори [1].

У будь-якому випадку, як і в міжнародному комерційному арбітражі, щоб мати можливість ініціювати інвестиційний арбітраж між іноземним інвестором і державою, яка приймає інвестиції, необхідна наявність угоди на передачу такого спору до арбітражу, тобто арбітражної угоди.

Згода на інвестиційний арбітраж прописується в Міжнародних інвестиційних угодах (International Investment Treaties), у двосторонніх інвестиційних договорах (Bilateral Investment Treaties) та багатосторонніх угодах (наприклад, у Договорі до Енергетичної Хартії — Energy Charter Treaty) [1].

[1] Є. Макаренко. Міжнародний інвестиційний арбітраж: як це працює? URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-yak-ce-pracyue.html>

У разі ініціювання інвестиційного арбітражу перше питання, яке може виникнути, стосується юрисдикції. Вашингтонська Конвенція 1965 р. про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (далі — *Вашингтонська конвенція*) є таким собі «процесуальним кодексом», згідно з яким діє ICSID. Вашингтонська конвенція встановлює деякі підстави, відповідно до яких може визначатися юрисдикція ICSID (наприклад, спір повинен бути пов'язаний з інвестиціями, сторонами спору мають бути держава, яка є членом Вашингтонської конвенції, і фізична або юридична особа іншої держави-учасниці Вашингтонської конвенції).

Вашингтонською конвенцією 1965 р., яку Україна підписала і ратифікувала, передбачено, що будь-яка держава або особа договірної держави, яка бажає звернутися до арбітражної процедури, направляє відповідну заяву, складену в письмовій формі, до Генерального секретаря ICSID, який надсилає копію заяви іншій стороні. Заява повинна містити відомості з питань, які стали підставою для виникнення спору, відомості про сторони та їх згоду на арбітражну процедуру.

3. Виконання інвестиційних арбітражних рішень

Ст. 54 (3) Вашингтонської конвенції передбачено, що виконання рішення арбітражу здійснюватиметься відповідно до законодавства про виконання судових рішень, які набрали чинності на території держави, де рішення підлягає виконанню. Тобто, згідно з положеннями Вашингтонської конвенції (ст. 54 (1)), кожна договірна держава визнає рішення арбітражу, винесене відповідно Вашингтонської конвенції, як зобов'язуюче та забезпечує виконання грошових зобов'язань, покладених рішенням арбітражу, в межах своєї території таким же чином, якби це було остаточне рішення судового органу цієї держави.

В Україні не існує спеціальної процедури визнання і виконання саме рішень міжнародних інвестиційних арбітражів. Це означає, що на практиці рішення ICSID на території України виконуються в такому ж порядку, як і рішення іноземних судів та міжнародних комерційних арбітражів, тобто шляхом цивільного судочинства і відповідно до положень Нью-Йоркської Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р.

У процесі реалізації арбітражного рішення, в тому числі винесеного інвестиційним арбітражем, інвестор може натрапити на деякі перешкоди. По-перше, на практиці отримання на користь іноземного інвестора позитивного арбітражного рішення не є гарантією успішного отримання компенсації за таким рішенням, оскільки у разі відмови відповідача виконати рішення добровільно таке рішення все-таки необхідно виконувати в судовому порядку в конкретній державі, зіштовхнутися з можливою активною участю відповідача у процесі, а також пройти кілька судових інстанцій. До того ж у разі незгоди держави з рішенням арбітражу та небажанням його добровільно виконати іноземний інвестор змушений самостійно займатися розшуком державного майна і звертатися із заявою про визнання та приведення у виконання рішення іноземного арбітражу в різні юрисдикції, щоб отримати можливість звернути стягнення на майно.

[1] Є. Макаренко. Міжнародний інвестиційний арбітраж: як це працює? URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-yak-ce-pracyue.html>

По-друге, визнання арбітражного рішення в результаті не тягне за собою оплату сум, винесених арбітражем на користь позивача. Необхідно пройти процедуру фактичного виконання рішення. Одне з головних питань полягає в тому, чи зможе відповідач виплатити суму? Оскільки в інвестиційних спорах відповідачем є держава, в державному бюджеті може бути закладена стаття витрат на покриття суми, присудженої за арбітражним рішенням, винесених проти держави. Однак цих коштів може бути недостатньо для покриття усієї суми.

По-третє, значна частина майна будь-якої суверенної держави користується захистом державного імунітету. Це означає, що майно іноземної держави не може піддаватися заходам примусового характеру (накладенню арешту), воно не може бути предметом забезпечення позову і звернення стягнення на майно в порядку примусового виконання судового чи арбітражного рішення. Відповідно до положень ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» №2709-IV від 23.06.2005 р., пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України. [1]

Таким чином, для відмови від судового імунітету потрібна чітко висловлена згода компетентних органів іноземної держави на залучення такої держави до участі в конкретному судовому процесі, а також застосування судових заходів проти держави та її майна, якщо таке майно знаходиться на території України. Наприклад, у справі №22-ц/796/14544/2014 про визнання та надання дозволу на виконання на території України рішення інвестиційного арбітражу за позовом ТОВ «Енергоальянс» проти Молдови апеляційний суд повернув клопотання без розгляду. Суд встановив, що заявник не надав згоди компетентного державного органу Молдови на розгляд цього клопотання судом України.

[1] Є. Макаренко. Міжнародний інвестиційний арбітраж: як це працює? URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-yak-ce-pracyue.html>

Водночас, як показує українська судова практика, визнати та виконати арбітражне рішення проти держави все-таки реально. Наприклад, у справі №760/15056/14-ц, незважаючи на те, що компанії BSF Swissphoto AG довелося пройти всі судові інстанції, касаційний суд залишив чинним рішення першої інстанції, яким суд задовольнив клопотання заявника, визнав та надав дозвіл на виконання проміжного арбітражного рішення Постійного арбітражного суду, винесеного проти державного органу України (державні органи є представниками держави в арбітражах).

Ще один позитивний приклад щодо визнання та виконання арбітражного рішення можна навести зі справи №760/11060/15-ц, в якій Солом'янський районний суд м. Києва хоча частково задовольнив клопотання заявника, але при цьому надав дозвіл на примусове виконання арбітражного рішення ICSID, винесеного проти держави України, інтереси якої представляло Міністерство юстиції України.

Також у справі №2-к-8/12 компанія Remington Worldwide Limited просила визнання і виконання рішення Арбітражного інституту торгової палати м. Стокгольма, винесеного проти держави України. Печерський районний суд м. Києва надав дозвіл на примусове виконання арбітражного рішення на підставі Нью-Йоркської конвенції 1958 р.

[1] Є. Макаренко. Міжнародний інвестиційний арбітраж: як це працює? URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-yak-ce-pracyue.html>

Висновок

Варто зазначити, що інвестиційний арбітраж є договірною формою захисту прав інвестора. Порядок застосування цієї форми захисту передбачається інвестиційним законодавством України, а також нормами міжнародних договорів, які є неодмінною складовою національного законодавства України. Однак такий правовий захист може бути використаний тільки на підставі письмової заяви сторін. Ще одним нюансом використання засобу правового захисту у вигляді інвестиційного арбітражу є фактичне стягнення коштів у разі отримання позитивного рішення, де інвестор може зіштовхнутися з кількома перешкодами.

До того ж процес ефективного визнання і виконання рішення інвестиційного арбітражу може залежати від команди юристів, які безпосередньо представлятимуть інтереси іноземного інвестора (якщо він самостійно не братиме участь у справі) протягом усього процесу: починаючи від визнання і виконання арбітражного рішення в судовому порядку та завершуючи фактичним отриманням грошових коштів. [1]

Отже, зі зростанням обсягу інвестицій збільшилася кількість спорів. Якщо на початку 2000 років у світі було зареєстровано 12 інвестиційних спорів, то вже на кінець 2022 року їх кількість збільшилася до 41. Існує цілий ряд механізмів вирішення інвестиційних спорів. При цьому одним із найпоширеніших способів є міжнародний арбітраж, за якого справа розглядається незалежним арбітром, рішення якого обов'язкове для сторін. Щодо альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів, то до них відносять примирення або посередництво, які зазвичай використовують на початковому етапі вирішення спорів. Одним із найменш використовуваних механізмів вирішення спорів є механізм, що використовується СОТ, оскільки ця організація використовує міждержавний засіб правового захисту, що не завжди підходить для розгляду інвестиційних спорів. Крім того, поширеним також є використання інституційного арбітражу, коли спір розглядається спеціалізованою установою. Проте варто відмітити, що рішення інституційного арбітражу не є обов'язковими. Найбільш поширеною організацією, яка розглядає такі спори, виступає МЦУІС, Лондонський суд міжнародного арбітражу, Міжнародний арбітражний суд тощо.

[1] Є. Макаренко. Міжнародний інвестиційний арбітраж: як це працює? URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-yak-ce-pracyue.html>

Література

1. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 5 квітня 2007 р. № 877-V. Відомості Верховної Ради України. 2007. № 29. Ст. 389. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-16#Text>
2. Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні: Закон України від 22.03.2012 р. № 4618-VI. Відомості Верховної ради України. 2013. № 3. Ст. 23. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4618-17#Text>
3. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. Відомості Верховної Ради країни. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>
4. Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні: Закон України від 22.03.2012 р. № 4618-VI. Відомості Верховної ради України. 2013. № 3. Ст. 23. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4618-17#Text>
5. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. Відомості Верховної Ради країни. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>
6. Кропова А.С. Механізми вирішення інвестиційних спорів. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/article/view/914/850>
7. Є. Макаренко. Міжнародний інвестиційний арбітраж: як це працює? URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-yak-ce-pracyue.html>