

ГОЛУБЕНКО І. І.,
аспірант кафедри цивільного права
юридичного факультету
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

УДК 341.9:330.322

УЧАСНИКИ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ: СТАТУС І КЛАСИФІКАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню статусу учасників інвестиційних спорів. Проводиться класифікація суб'єктів спорів на приватних та публічних; індивідуальних і колективних осіб. Досліджено та проаналізовано питання судового імунітету держави з позиції приватно-правової природи інвестиційних спорів.

Ключові слова: *інвестиційний спір, іноземний інвестор, держава, імунітет, міжнародне приватне право.*

Статья посвящена исследованию статуса участников инвестиционных споров. Проводится классификация субъектов споров на частных и публичных; индивидуальных и коллективных лиц. Исследованы и проанализированы вопросы судебного иммунитета государства с позиции частно-правовой природы инвестиционных споров.

Ключевые слова: *инвестиционный спор, иностранный инвестор, государство, иммунитет, международное частное право.*

The research deals with the members' of Investment Disputes status issues. A classification of participants in private and public; individual and collective entities is analyzed. The state judicial immunity issue (problem) is researched and analyzed from the perspective of private legal nature of investment disputes.

Key words: *investment dispute, foreign investor, state immunity, international private law.*

Вступ. Перші інвестиційні спори, що виникали в результаті прийняття державою законів про націоналізацію, вирішувалися в рамках дипломатичного захисту у відповідності зі сформованою практикою захисту прав іноземних осіб. Концепція надання дипломатичного захисту своїм громадянам і юридичним особам, що здійснюють підприємницьку діяльність на території іноземної держави, була закладена в міжнародних договорах про дружбу, торгівлю і мореплавання. Виступ держави на захист позивача-інвестора, який звернув свої вимоги до держави – реципієнту інвестицій, слідує концепції дипломатичного захисту, неминуче повинно було мати своїм результатом виникнення міждержавних конфліктів і звернення до міждержавного арбітражу як єдино можливого засобу вирішення спорів за участю держави [1, с. 128].

Міжнародна практика вирішення інвестиційних спорів показує, що суперечки, як правило, виходять за рамки дії національної системи права. З самого початку розвитку інвестиційних відносин була виявлена особливість, що завжди, коли йшлося про іноземні інвестиції, виникала потреба в суді, що стоїть над державою, оскільки однією із сторін у спорі є сама держава.

Постановка завдання. Аналіз статусу та проведення класифікації учасників інвестиційних спорів.



Результати дослідження. Іноземний інвестор оскаржує акти та заходи (або відсутність належних заходів), прийнятих суверенною державою, тому характер заходів, або актів, що оскаржуються, є унікальними. Спір часто пов'язаний з питаннями державної політики в інтересах суспільства, навіть якщо вона може зашкодити індивідуальним інтересам, в даному випадку інтересам іноземної юридичної особи. Спір може перерости в геополітичний, коли мають місце надзвичайні заходи, необхідні для боротьби з фінансовою кризою. Крім того, міжнародні інвестиційні договори і правила врегулювання спорів між інвесторами і державою мають норми, щодо підвищення прозорості інвестиційної політики, сприяють громадянському суспільству та іншим суб'єктам ретельно досліджувати випадки врегулювання спорів між інвестором і державою та висловлювати свої побажання.

Слід виділити специфічні особливості спорів між іноземним інвестором і державою.

По-перше, виходячи з своєрідної природи чинного законодавства, суперечка регулюється міжнародним правом та виникає на основі порушення міжнародного документа, а одним з джерел міжнародного права є інвестиційний договір.

По-друге, природа існуючих засобів правового захисту також різна. На відміну від принципу міжнародного права, коли спір зачіпає суверенну державу, і всупереч звичайним правовим спорам, система, встановлена для вирішення суперечок між інвестором та державою, ґрунтується на міжнародному арбітражі в якості основного варіанту звернення для потерпілого іноземного інвестора.

Переважає більшість міжнародних інвестиційних угод запропонували в якості центрального елемента захисту для іноземного інвестора можливість звернутися до міжнародного арбітражу в рамках МЦВІС або до спеціального арбітражного розгляду за правилами ЮНСІТРАЛ. Іноді МІУ навіть не вимагають звернення до національних судів приймаючої країни. Подібні положення про врегулювання суперечок можуть також міститися в концесійних договорах, схемах приватизації, стабілізаційних угодах або звичайних державних контрактах.

По-третє, ще одна відмінність суперечок «інвестор – держава» стосується характеру відносин між сторонами, що сперечаються. Наприклад, населення країни може залежати від приватного іноземного інвестора, який надає державні послуги, в той час як інвестор виділив значні обсяги капіталу для підприємства, а повернення інвестицій можливе тільки після сплину десятків років. Таким чином, інвестор і держава можуть бути зобов'язані підтримувати робочі відносини, незважаючи на існування спору (UNCTAD, 2008a; Salacuse, 2007).

Нарешті, суми коштів, що фігурують в суперечках між інвестором та державою, часто дуже високі, в середньому перевищують в багато разів випадки в комерційному арбітражі.

Інвестиційні спори мають приватноправову природу, тому завжди стоять перед вирішенням проблеми відмови у визнанні імунітету держави, оскільки держава є стороною у спорі.

В юридичній літературі правники історично розмежовують поняття публічного і приватного за трьома класичними векторами. По-перше, відмінність між приватними та публічними особами; по-друге, між публічним та приватним правом; і, по-третє, між публічним та приватним міжнародним правом.

Проведемо дослідження відмінностей за наведеними вище напрямками.

Приватні та публічні особи та їх функції. Одним з можливих способів диференціації є спроба розглянути публічних та приватних осіб, що беруть участь у спорі. Перший спосіб: термін «публічне» відносити виключно до держав та їх субнаціональних органів, а термін «приватне» – до всіх недержавних суб'єктів. На практиці даний поділ публічне/приватне став проблемою у справі *Abaclat and Others v. Argentina Republic* [2]: державна скарбниця знаходилась під ризиком банкрутства у випадку задоволення фінансових вимог приватних (недержавних) суб'єктів.

Другий спосіб диференціації публічного та приватного – розмежування між індивідуальним і колективним. Справа *Suez* [3] ілюструє це використання протиставляючи контрактні права приватних (індивідуальних) інвесторів проти (колективного) права широкої гро-



мадськості на доступ до води. В процесі регулювання даної проблеми з'явилося змішання двох звичаїв.

У спорі Philip Morris, наприклад, існував ризик того, що приватні (окремі недержавні суб'єкти) права інтелектуальної власності можуть зробити регулювання в інтересах громадського (колективного) здоров'я занадто дорогим для державної скарбниці.

У результаті поділ за суб'єктивним складом на основі публічно-приватних відмінностей здається більш логічним з огляду на подальший характер потенційних спорів.

Поділ на колективне/індивідуальне не має ніякого очевидного стосунку до інвестиційного процесу законотворчості. Можна спробувати надати йому актуальність, ускладнюючи аналіз з точки зору теорії суспільного вибору. Наприклад, цілком може бути так, що деякі групи роблять більший вплив на внутрішню законотворчість або процеси ратифікації договору, ніж інші. Однак теорія суспільного вибору буде змінною, як політична влада, тому досить важко описати міжнародний процес ухвалення інвестиційного права в співвідношенні індивідуального та колективного.

На рівні вирішення спорів, навпаки, завжди номінально уряд – на одній стороні і інвестор – на іншій. Слушно зауважити, що не важливо, чи виникає даний спір з порушення інвестиційного договору, статуту або договору про захист та заохочення інвестицій. Таким чином, всі спори виникають для врегулювання відносин між публічним та приватним. Однак зміст даного твердження руйнується при подальшому розгляді суті спорів. Більшість спорів, що виникають між інвестором і державою, виходять з порушення звичайних комерційних операцій.

У комерційних відносинах діє принцип автономії сторін, тим самим спори між державою і приватним інвестором, по суті, перетворюються у приватно-приватні справи. Держава, в свою чергу, виступає особою приватного права, жертвуючи своїм суверенітетом.

Проблема співвідношення та взаємодії міжнародного та внутрішньодержавного права є однією з найважливіших та складних у сфері правового регулювання іноземного інвестування. Питання судового імунітету держави через призму пріоритету зобов'язань за конвенцією та двосторонніми інвестиційними угодами. Імунітет ґрунтується на суверенітеті держав, їх рівності. Це означає, що жодна з них не може здійснювати свою владу над іншою державою, її органами, майном. Такий статус характеризується як *par in parem non habet imperium* – рівний над рівним не має влади. Для держав – учасниць Конвенції рішення МЦВІС даний принцип є обов'язковим для виконання. Текст Конвенції свідчить про те, що якщо держава погодилася передати спір до інвестиційного арбітражу, то вона взяла на себе й обов'язок виконувати прийняте арбітражне рішення. Невиконання рішень Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів може бути підставою для повторного звернення до цієї інституції. Наприклад, іноземний інвестор Джозеф Лемір (Joseph Lemire) подав другий позов до ІКСІД проти України. Перша справа [4] за його позовом закінчилася мировою угодою, але, на думку інвестора, Україна не виконала умов цієї угоди, тому він знову подав на розгляд до ІКСІД новий інвестиційний спір.

Суперечки, які виходять з інвестиційних договорів та статутів, відрізняються від контракту між інвестором і державою тим, що вони не повинні включати в себе конкретні умови договору між інвестором і державою. Є ряд договорів, які містять так звану *umbrella clause* (парасолькову клаузулу) та зводять порушення інвестиційного контракту в порушення міжнародної інвестиційної угоди і тим самим розширюють компетенцію міжнародних арбітражів в міжнародних інвестиційних угодах. В такому випадку можна отримати суміш претензій за контрактом та договором.

Доволі революційним інститутом міжнародного приватного права є так звані *umbrella clause*. Це застереження зводить будь-яке порушення інвестиційного контракту в ранг порушення міжнародної інвестиційної угоди. Ця трансформація приватно-правової протиправності в міжнародно-правову не раз ставала предметом розгляду в міжнародних інвестиційних арбітражах. Крім того, найчастіше одна й та ж дія може являти собою порушення кількох міжнародних угод (наприклад, МІУ і Конвенції). На сьогоднішній день є велика кількість рішень, в яких зачіпалася проблема паралельних судових і арбітражних розглядів.



Тим не менш, не є обов'язковим, що суперечка повинна бути між публічним і приватним суб'єктом. Державні підприємства складають лише малу частку транснаціональних корпорацій по всьому світу, але їх зовнішні інвестиції склали 11% від глобальних потоків ПІІ в 2012 р. [5], у той час як відносно невелике число країн підтримують суверенні фонди тих, що мають величезну кількість активів під управлінням, багато з яких вкладені за кордоном.

Більшість інвестиційних договорів та внутрішнє інвестиційне законодавство не включають державних компаній або суверенні фонди зі своїх широких визначень інвесторів та інвестицій, тому цілком можливо мати державних суб'єктів з обох сторін у суперечці. Ілюстрація такого випадку знаходиться в інвестиційному спорі, в якому державне утворення (регіональний уряд Калінінграду) було захищено інвестиційною угодою [6].

В іншому випадку можливо мати приватних суб'єктів з обох сторін спору. Це може статися, коли держава делегує урядову функцію до недержавної компанії, а потім компанія робить щось, що порушує інвестиційний договір держави або законні зобов'язання по відношенню до іноземного інвестора.

Існує ряд досліджень, пов'язаних з делегуванням суверенних повноважень приватним компаніям, наприклад, Richard J. Pierce, Jr. Book Review, *Outsourcing Is Not Our Only Problem*, 76 GEO. WASH. L. REV. 1216 (2008) (reviewing Paul Verkuil's book on the privatization of governmental functions); Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367 (2003); Martha Minow, *Partners, Not Rivals?: Redrawing the Lines Between Public and Private, Non-Profit and Profit, and Secular and Religious*, 80 B.U. L. REV. 1061 (2000); Jody Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, 52 ADMIN. L. REV. 813 (2000).

У даному випадку вступає в гру принцип міжнародного права з метою визначення природи компанії, щоб перетворити недержавну компанію в державного суб'єкта, тим самим поставити державу перед відповідальністю за дії компанії в рамках міжнародного права. В таких випадках важко на початковому етапі поділити сторін інвестиційного спору на публічних та приватних. Так, ст. 5 Проекту статей про міжнародну відповідальність держав за протиправні діяння (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), розроблених Комісією з міжнародного права, передбачає: поведінка фізичної або юридичної особи, яка не є органом держави відповідно до ст. 4, але є уповноваженою відповідно до законодавства цієї держави здійснювати елементи державної влади, розглядається як діяння держави за міжнародним правом, якщо фізична або юридична особа діє в цій якості в конкретному випадку [7].

Поділ на індивідуальних та колективних суб'єктів теж страждає рядом проблем. По-перше, є питання пов'язане з тим, чи претензії кількох позивачів можуть бути правильно класифіковані як індивідуальні, і якщо так, то до якого часу. В більшості інвестиційних спорів історично приймає участь від одного до п'яти позивачів. По-друге, виникає питання того, що вважається одним колективом і хто отримує право говорити в колективних інтересах.

У справі *Abaclat v. Argentine Republic* [8] 180 тис. заявників взяли участь у первісній подачі позову. Рішення МЦВІС, винесене у справі від 4 серпня 2011 р., визнало компетенцію арбітражного суду МЦВІС (рішення прийнято двома арбітрами, оскільки третій арбітр склав окрему думку, що виражає його повну незгоду з таким рішенням) за позовом, спочатку складеним 180 тис. італійських володарів аргентинських боргових зобов'язань, число яких пізніше було скорочено до 60 тис. [9]. Дана справа ілюструє безліч правових питань. Перш за все виникає питання, чи може придбання державних позик вважатися інвестицією (що, в свою чергу, обґрунтовує компетенцію арбітражного суду МЦВІС). По-друге, питання про можливість подачі в такий суд такого колективного позову, в той час як не Вашингтонська конвенція, ні Арбітражний регламент МЦВІС не містять норм, які відносяться до масового арбітражу або колективного арбітражу (*class arbitration*). По-третє, чи міг арбітражний суд ігнорувати застереження про підсудність, включену в ряд розглянутих державних боргових зобов'язань і передбачає в різних випадках підсудність нью-йоркським, швейцарським або італійським судам встановлених в угодах державних судів? В результаті обговорення арбіт-



раж ICSID більшістю прийшов до висновку, що велика кількість позивачів «робить де-факто неможливим мати справу з усіма по порядку», і виніс рішення на користь колективного розгляду справи. Більшість вирішила, що однорідність претензій дозволить відповідачу здійснювати свої права на захист адекватно і ефективно. У рішенні по цій справі трибунал відхилив більшість аргументів Аргентини про відсутність юрисдикції. З приводу можливості розгляду колективних позовів в одному процесі трибунал вказав, що положення конвенції ICSID не виключають можливості подання позову більш ніж одним резидентом в рамках одного арбітражного розгляду. Разом з тим суд встановив, що положення ДІУ та Конвенції МЦВІС припускають «змістовну єдність спору, переданого на розгляд арбітражу», і наявність такої єдності щодо даної справи може бути визначена тільки на стадії розгляду по суті. Трибунал не знайшов перешкод для кваліфікації суверенних облігацій в якості інвестицій по Конвенції МЦВІС, однак встановив, що питання про те, чи є інвестиціями зобов'язальні права, придбані позивачами, повинно бути також вирішене на стадії розгляду по суті, так само як і питання про наявність територіальної прив'язки.

Висновки. Учасниками інвестиційних спорів виступають держава – з однієї сторони та іноземний інвестор – з іншої. Виходячи з приватноправової природи, інвестиційні спори завжди стоять перед вирішенням проблеми відмови у визнанні імунітету держави, оскільки держава є стороною у спорі. Питання судового імунітету держави через призму пріоритету зобов'язань за конвенцією та двосторонніми інвестиційними угодами. Імунітет ґрунтується на суверенітеті держав, їх рівності. Для держав – учасниць Конвенції рішення МЦВІС принцип *par in parem non habet imperium* – «рівний над рівним не має влади» є обов'язковим для виконання. Виходячи з цього, якщо держава погодилася передати спір до інвестиційного арбітражу, то вона взяла на себе й обов'язок виконувати прийняте арбітражне рішення. Поділ за суб'єктом складом на основі публічно-приватних відмінностей здається більш логічним з огляду на подальший характер потенційних спорів. Поділ на колективне/індивідуальне не має ніякого очевидного стосунку до інвестиційного процесу законотворчості. Можна спробувати надати йому актуальність, ускладнюючи аналіз з точки зору теорії суспільного вибору. Однак теорія суспільного вибору буде змінною, як політична влада, тому досить важко описати міжнародний процес ухвалення інвестиційного права в співвідношенні індивідуального та колективного. Поділ на індивідуальних і колективних суб'єктів теж має недоліки: по-перше, є питання, пов'язане з тим, чи претензії кількох позивачів можуть бути правильно класифіковані як індивідуальні, і якщо так, то до якого часу; по-друге, виникає питання, що вважається одним колективом і хто отримує право говорити в колективних інтересах.

Список використаних джерел:

1. Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г. Международное частное право и инвестиции : [науч.-практ. исслед.] / Н.Г. Доронина, Н.Г. Семилютин. – М. :Юридическая фирма «Контракт» ; «Волтерс Клувер», 2011 г. – 163 с.
2. *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.italaw.com/cases/35>.
3. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.italaw.com/cases/documents/1062>.
4. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.italaw.com/cases/documents/616>.
5. UNCTAD – WIR 2013 *supra* note 2733, at xiv.
6. The award remains unpublished, but was reported in Luke E. Peterson, *Lithuania Prevails in Investor-State BIT Claim Brought by Russian Regional Government: ICC Tribunal Rules That Enforcement of Commercial Arbitration Award in Lithuania Cannot Be Challenged as an Expropriation under BIT*, 2(5) INV. ARB. REP., 4–5 (2009).



7. International Law Commission, Draft Articles on the International Responsibility of States for Wrongful Acts, art. 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.

8. *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.italaw.com/cases/35>.

9. Арбитражное решение о компетенции и допустимости, No ARB 07/5.

ГРУЩИНСЬКА Н. І.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільно-правових
дисциплін
(Львівський державний університет
внутрішніх справ)

УДК 347.214.2

ВИДИ НЕРУХОМОГО МАЙНА

Стаття присвячена класифікації нерухомого майна на види. Цивільний кодекс України вперше поділив об'єкти цивільних прав на нерухомі та рухомі. Однак не існує чіткого поділу нерухомості на види. Все нерухоме майно можна умовно поділити на три види: земельні ділянки; будівлі, споруди, підприємство як єдиний майновий комплекс тощо та рухомі речі, на яких законом поширюється правовий режим нерухомого майна.

Ключові слова: *нерухоме майно, земельні ділянки, будівлі, споруди, підприємство як єдиний майновий комплекс.*

Статья посвящена классификации недвижимого имущества на виды. Гражданский кодекс Украины впервые выделил недвижимость в отдельный вид объектов гражданских прав. Сегодня не существует классификации недвижимости на виды. Все недвижимое имущество условно можно разделить на три вида: земельные участки, здания, сооружения, предприятие как единый имущественный комплекс и движимые вещи, на которые законом распространяется правовой режим недвижимого имущества.

Ключевые слова: *недвижимое имущество, земельные участки, здания, сооружения, предприятие как единый имущественный комплекс.*

Article is devoted of property division on types. Civil Code first divided objects of civil law on immovable and movable types. But, nowadays, real estate is not divided into types. We can divide real estate into three types: lands; houses, buildings, enterprise as unique property complex and movable property which law extends the legal regime of property.

Key words: *real estate, lands, houses, buildings, enterprise as unique property complex.*

