

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА**

На правах рукопису

ГОЛУБЕНКО ІРИНА ІГОРІВНА

УДК 341.9:330.322

**ІНВЕСТИЦІЙНІ СПОРИ
В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

спеціальність 12.00.03. – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

**Дисертація
на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук**

Науковий керівник:
доктор юридичних наук, професор,
дійсний член (академік) НАПрН України
Майданик Роман Андрійович

Київ - 2017

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ I. Загальнотеоретична характеристика відносин іноземного інвестування	
1.1. Поняття та юридична природа відносин у сфері інвестування.....	15
1.2. Поняття інвестицій.....	31
1.3. Правове становище іноземного інвестора.....	45
1.4. Джерела регулювання інвестиційних відносин.....	64
Висновки до розділу I	80
РОЗДІЛ II. Поняття, природа та види інвестиційних спорів	
2.1. Поняття і класифікація інвестиційних спорів.....	86
2.2. Природа інвестиційних спорів.....	100
2.3. Особливості окремих категорій інвестиційних спорів	115
Висновки до розділу III	134
РОЗДІЛ III. Порядок вирішення інвестиційних спорів	
3.1. Прийнятність (допустимість) позовних вимог і юрисдикція в інвестиційних спорах за участі України.....	138
3.2. Матеріально і процесуально-правові стандарти при вирішенні інвестиційних спорів.....	154
3.3. Вибір застосованого права у вирішенні інвестиційних спорів і вибір суду за Вашингтонською конвенцією.....	169
3.4. Визнання і виконання рішень Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів.....	188
Висновки до розділу III.....	209
ВИСНОВКИ	214
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	218

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Підвищення інвестиційної активності, в умовах ускладнення форм і видів іноземних інвестицій зумовило формування гнучкої системи юридичних норм, що регулюють відносини між державами та іноземними інвесторами, в тому числі в питаннях вирішення спорів.

Створення інституційного середовища, сприятливого для отримання і збереження довіри вітчизняних та іноземних інвесторів має бути одним із ключових завдань держави. Доступ до ефективного та дієвого міжнародного арбітражу як альтернативи національним судам для вирішення інвестиційних спорів має принципове значення для іноземних інвесторів і для країн-одержувачів інвестицій.

На сьогодні для України створення сприятливого інвестиційного клімату є однією з першочергових потреб для підтримки розвитку економіки. Ключовою оцінкою ефективності реформ у державі виступає обсяг іноземних інвестицій.

Можливість подачі претензій для інвесторів безпосередньо до арбітражу, в обхід національних процедур, вважається одним із найбільших досягнень міжнародного права. Починаючи з 1987 року, відповідно до стандартів міжнародних інвестиційних угод, кількість арбітражу, на підставі договорів про захист та заохочення інвестицій значно зросла. Ключову роль у системі інвестиційного арбітражу відіграє Міжнародний центр із вирішення інвестиційних спорів (МЦВІС; Центр).

Укладачі Конвенції прагнули збалансувати інтереси інвесторів і приймаючих країн. Прискорені темпи глобалізації та розвитку інформаційних і комунікаційних технологій призвели до безпрецедентного збільшення іноземних інвестицій за останнє десятиліття.

У результаті збільшення кількості та обсягу іноземних інвестицій, чисельність спорів, що пов'язані з іноземними інвестиціями значно зросла. У питаннях із вирішення інвестиційних спорів виникають наукові юридичні проблеми, що пов'язані з відсутністю чіткого співвідношення між

національним законодавством і джерелами міжнародного інвестиційного права щодо поняття відносин іноземного інвестування, стандартів вирішення інвестиційних спорів, визнання та виконання рішень МЦВІС.

Таким чином, інвестиційно-правові фактори, що наведені вище, обумовлюють актуальність даного дисертаційного дослідження та необхідність подальшої наукової розробки теоретичних проблем правового регулювання інвестиційно-процесуальних відносин за законодавством України та міжнародним приватним правом.

В юридичній науці актуальними залишаються питання, щодо інвестиційних спорів у міжнародному приватному праві. З огляду на це, окремої уваги заслуговують роботи Бека Ю. Б., Коссака В. М., Яримович У. В., чий публікації і дослідження з тематики інвестиційні спори в міжнародному приватному праві було значною мірою використано в ході підготовки дисертаційного дослідження.

Дисертаційні дослідження зазначених авторів безперечно збагатили науково-теоретичну основу подальшого вдосконалення правового регулювання вирішення інвестиційних спорів в Україні. Незважаючи на це, поза межами зазначених досліджень залишилася значна низка проблемних питань, що пов'язані з інвестиційними спорами в міжнародному приватному праві; окремі аспекти розглянуті фрагментарно та неповністю; частина зроблених науковцями висновків та пропозицій носить дискусійний характер та викликає певні заперечення.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертаційної роботи затверджена Вченою радою Київського національного університету імені Тараса Шевченка, протокол № 4 від 20.12.2013 р.

Дисертаційне дослідження виконане відповідно до державних бюджетних науково-дослідних тем «Доктрина права в правовій системі України: теоретичний та практичний аспекти» (№ 11 БФ 042-01, номер державної реєстрації 0111U008337), яка досліджувалася на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка з 01 січня

2011р. по 31 грудня 2015 р. і «Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС» (№ 16 БФ 042-01), яка досліджується на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка у період 2016-2018 років.

Мета і задачі дослідження. Метою дослідження є проведення системного науково-практичного дослідження правової природи та особливостей інвестиційних спорів, його сторін, змісту, висвітлення порядку вирішення інвестиційних спорів, визнання та виконання рішень МЦВІС.

Для досягнення поставленої мети в межах роботи було сформульовано такі *задачі*:

- визначити види інвестиційних правовідносин;
- сформулювати поняття інвестицій і визначити правове становище іноземного інвестора;
- з'ясувати сучасний стан джерел регулювання інвестиційних відносин;
- розкрити поняття і природу інвестиційних спорів;
- провести класифікацію інвестиційних спорів у міжнародному праві;
- розкрити особливості окремих категорій інвестиційних спорів;
- охарактеризувати порядок вирішення інвестиційних спорів, прийнятність позовних вимог та юрисдикції в інвестиційних спорах за участю України;
- провести систематизацію матеріально– і процесуально-правових стандартів вирішення інвестиційних спорів;
- дослідити порядок визнання та виконання рішень МЦВІС щодо держави при вирішення інвестиційних спорів;
- визначити шляхи удосконалення національного та міжнародно-правового регулювання відносин у сфері інвестицій.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають у зв'язку з виникненням і вирішенням інвестиційних спорів у міжнародному приватному праві.

Предметом дослідження стали теоретичні підходи щодо інвестиційних спорів, міжнародні - та національно-правові акти, якими регулюються зазначені відносини, матеріали судової та арбітражної практики, що сформувалися у зазначеній сфері.

Методологічну основу дослідження склали загальнонаукові та спеціальні методи пізнання: діалектичного, історичного, моделювання, порівняльно-правового, системного методу тощо.

На основі методологічних концепцій та міжнародного характеру правових досліджень дисертації ми використовували такі методи дослідження, характерні для юридичної науки:

а) історично-правовий метод – використовується в обмеженій формі, відноситься до аналізу підготовчої роботи по Конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами та громадянами інших держав, МЦВІС Додаткові спрощення процедур, а також формування і розвиток механізму врегулювання суперечок Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів;

б) догматичний метод – при аналізі двосторонніх і багатосторонніх актів, які регулюють врегулювання спорів з приводу іноземних інвестицій; цей метод дозволив визначити правові основи і принципи функціонування механізмів спору між інвестором та державою; у той же час була зроблена спроба продемонструвати правові детермінанти, що впливають на забезпечення юридичної безпеки, і, таким чином, сприятливий інвестиційний клімат для іноземних інвестицій у приймаючій країні;

в) метод порівняльного аналізу застосований для аналізу судової практики міжнародних судових органів врегулювання інвестиційних спорів, у першу чергу, практики МЦВІС;

г) метод статистичного аналізу (статистика Конференції Організації Об'єднаних Націй з торгівлі та розвитку, Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів) – дозволив дослідити динаміку зростання ряду міжнародних інвестиційних спорів протягом багатьох років, інститутів

найбільш рішучих міжнародних суперечок між інвесторами і державою, кількість і типи справ, розглянутих МЦВІС.

Науково-теоретичну базу дослідження проблематики дисертації склали наукові роботи вітчизняних та зарубіжних учених-юристів, зокрема, Д.Бобрової, А. Богатирьова, М. Богуславського, А. Гриняка, В. Денисова, О.Дзери, А. Довгерта, Ю. Жорнокуя, В. Кисіля, Н. Кузнєцової, В. Луця, Р.Майданика, В. Мамутова, Г. Матвєєва, В. Мусіяки, В. Опришка, О.Підопригори, Ю. Притики, Г. Пронської, З. Ромовської, О. Суш, А. Чухна, Я. Шевченко, О. Шемшученка, Ю. Шемшученка, О. Шуміла інших дослідників.

Теоретичною основою дослідження та зроблених у дисертації висновків послужили роботи зарубіжних науковців: – Богатирьова О. Г., Богуславського М. М., Брунцевої О. В., Вознесенської Н. Н., Гущина В. В., Георгієва В. К., Дороніної Н. Г., Лунца Л. О., Золоєвої Я. О., Кейнс Дж., Кириченко В. М., Куракіна О. М., Крупко С. І., Массе П., Майфат О. В., Мозоліна В. П., Мороз С. П., Попова Е. В., Симсона О. Э., Фатхутдінова І. З.

Значний інтерес становлять наукові дослідження в галузі інвестиційного права зарубіжних авторів, зокрема: Емірасінгхе Ц. Ф. (Amerasinghe C. F.), Антоніо Р. Парра (Antonio R. Parra), Арон Брочес (Aron Broches), Брнالی Чоудхари (Barnali Choudhury), Карреу (D. Carreau), П. Джулард (P. Juillard), Фокс Х. (Fox H), Хан Х'юли (Han Xiuli), Ганс Кельзен (Hans Kelsen), Горні В. (Horní V.), Ячим (Joachim Pohl), Кекелецо Машиго (Kekeletso Mashigo), Алексіс Ноухен (Alexis Nohen), Джулія А. Кевін (Julie A. Kevin), Махмасані (Mahmassani), Нвоугугу Е. (Nwougugu E.), Рипинськи С. (Ripinsky S.), Руджі Дж. (Ruggie J.), Рубінс Н. (Rubins N.), Шварценберг Дж. (Schwarzenberger G.), Шрейер Ц. (Schreuer C.), Сорнарайах М. (Sornarajah M.), Станімі Александров (Stanimi Alexandrov), Зімні Збігнієв (Zimny Zbigniew).

Нормативно-інформаційними джерелами є міжнародно-правові акти та законодавство України, а саме: Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року (надалі – Конвенція (МЦВІС)); Конвенція про заснування Багатостороннього агентства

по гарантіях інвестицій 1985 року (надалі – Сеульська конвенція); Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 року; Статут Міжнародного Суду ООН 1945 року, Договір до Енергетичної хартії 1994 року, двосторонні міжнародні договори України про заохочення та взаємний захист інвестицій, акти міжнародних організацій (Світового банку, СОТ, Організації з економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР); Цивільний, Цивільний процесуальний та Податковий кодекси України; Закони України «Про режим іноземного інвестування», «Про інвестиційну діяльність», «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що вона є комплексним монографічним дослідженням проблемних аспектів щодо відносин іноземного інвестування, природи та видів інвестиційних спорів, порядку вирішення інвестиційних спорів. У цій роботі дістали своє обґрунтування чимало нових у теоретичному відношенні та важливих для практики понять, положень та висновків.

Наукова новизна знаходить своє відображення у таких основних результатах дисертаційного дослідження:

Вперше:

- визначаються дві групи взаємозалежних між собою правовідносин: основних і додаткових. Перша з них охоплює договірні й інші цивільні правовідносини між інвесторами та іншими суб'єктами цивільного права, які опосередковують вкладення інвестицій (власне інвестиційні правовідносини), мають зобов'язально-правовий характер, а відтак вважаються основними. Другу групу становлять правовідносини, що забезпечують інвестування та представлені іншими цивільними, а також адміністративними та фінансовими правовідносинами між інвесторами й уповноваженими органами влади, в межах яких забезпечується дотримання встановлених обмежень (вимог) і надання стимулюючих засобів для інвесторів;
- доводиться дуалістичне – матеріально-процесуальне та функціональне призначення інвестиційних договорів у системі міжнародного інвестиційного

арбітражу. У цьому випадку договір виконує подвійну роль: виступає джерелом правового стандарту поведінки з інвестором (матеріально-правові норми договору, такі як заборона експропріації або справедливий і рівний режим) та передбачає оферту держави, що приймає інвестицію, дозволити розглядати інвестиційний спір у арбітражі (процесуальна складова договору);

- обґрунтовується доцільність класифікації інвестиційних спорів за трьома сферами, а саме: соціально-правові, територіальні та політичні. Така тривимірна класифікація інвестиційних спорів дає можливість визначити основні напрямки, за яких інвестиційні спори мають спільні та відмінні ознаки;

- відстоюється ідея щодо доцільності визначення національності юридичної особи, шляхом обрання в міжнародних інвестиційних угодах єдиного критерію для визначення національності юридичної особи – інвестора на відміну від існуючої практики відсилання до законодавства кожної з договірних сторін;

- доводиться необхідність використання, принаймні двох комбінованих критеріїв національності для компаній, що будуть застосовуватися в сукупності;

- визначається критерій контролю, наприклад, встановлення рівня участі, необхідного для того, щоб мати контроль або суттєвий вплив, в компанії або, у випадку, якщо національність остаточного інвестора в складному інвестиційному ряді має значення;

- обґрунтовується доцільність врахування виявлених за результатами аналізу економетричної літератури, чотирьох основних тенденцій можливих ефектів двосторонніх інвестиційних угод: а) ефекту обов'язку; б) сигналізаційного ефекту; в) переходу до покращення якості інституцій; г) стимулюючого ефекту. Зазначений економічний аналіз права щодо зазначених наслідків (ефектів) сприяв тому, що інвестиційні договори фактично призвели до збільшення обсягів інвестування.

Удосконалено:

- розуміння поняття «допустимість» позовних вимог у контексті кола питань, які до нього відносяться, а саме – правового становища (чи має позивач право на пред'явлення позову або на пошук конкретної допомоги); чи є вимога «ною» щодо переданого спору; питання, що пов'язані з судовою/арбітражною функцією; спірність позову (*mootness of a claim*); питання, що пов'язані з відмовою вичерпати національні засоби правового захисту; розсуд трибуналу не розглядати спір на підставі того, що однакові претензії перебувають на розгляді – спір знаходиться в іншому форумі («*lis alibi pendens*») чи форум не згоден («*forum non conveniens*»); питання щодо залучення третьої сторони та набрання чинності рішення іншої судової установи («*res judicata*»);

- положення про те, що МЦВІС застосовує норми міжнародного права навіть за наявності угоди про вибір права, в якій не згадується про це. Міжнародні мінімальні стандарти мають бути збережені, навіть за відсутності посилання на міжнародне право в угоді про вибір права, що застосовано сторонами. Обов'язкові норми міжнародного права, які забезпечують мінімальний міжнародний стандарт захисту для іноземців, існують незалежно від будь-якого вибору права. Угода, як і раніше, регулюється національною правовою системою, обраною сторонами. Тим не менш, цей вибір перевіряється шляхом застосування ряду обов'язкових міжнародних правил, таких як заборона на відмову в правосудді, заборона дискримінації чи експропріація або односторонньої відмови від договірних зобов'язань;

- положення, щодо доцільності визначення національності юридичних осіб за міжнародними інвестиційними угодами відповідно до положень тестів, які передбачають три критерії: місце створення, місце реєстрації та місцезнаходження керуючого органу чи місце контролю як самостійних або взаємодоповнюючих. За загальним правилом кожен із зазначених тестів є самостійним, що передбачає вибір одного з них для цілей угоди. Обґрунтовується доцільність комбінації вищезазначених тестів, у випадку якщо

національність юридичної особи неможливо визначити за допомогою одного тесту;

- положення про те, що перевага підходу щодо застосування закритого переліку інвестицій у двосторонніх інвестиційних договорах полягає в тому, що він може дати більший контроль для Договірних сторін у тому, які види інвестиції знаходяться під захистом угоди. Даний підхід сприяє плануванню розвитку інвестиційних відносин, оскільки надає більше впевненості щодо обсягу захисту.

Дістали подальшого розвитку:

- положення щодо природи інвестиційних спорів, що характеризується наявністю кваліфікуючих ознак – особливим складом учасників спорів, специфікою предмета та особливим порядком врегулювання інвестиційних спорів;

- положення щодо урахування приватноправової природи – інвестиційні спори завжди стоятимуть перед вирішенням проблеми відмови визнання імунітету держави, оскільки держава є стороною в спорі. Питання судового імунітету держави доцільно вирішувати крізь призму пріоритету зобов'язань за конвенцією та двосторонніх інвестиційних угод. З огляду на пріоритет міжнародно-правових договорів, якщо держава погодилася передати спір до інвестиційного арбітражу, то вона взяла на себе й обов'язок – виконувати прийняте арбітражне рішення;

- положення щодо критерію предмета інвестиційного спору – доцільно виділяти три категорії спорів: а) спори, що пов'язані з допуском інвестора щодо здійснення інвестиційної діяльності; б) спори, що пов'язані з реалізацією інвестиційного проекту (виникають безпосередньо при здійсненні інвестиційної діяльності); в) спори, що пов'язані з припиненням інвестиційної діяльності;

- твердження щодо держави у разі згоди на інвестиційний арбітраж із приватною особою – інвестором, у такому випадку держава відмовляється від свого імунітету. У даному відношенні сфера відмови поширюється і на

процедури для підтвердження або визнання в результаті приведення до виконання арбітражного рішення;

- положення щодо Вашингтонської Конвенції, що запровадила механізми дотримання, з метою запобігання ухиленню від дотримання та виконання рішень державами – учасницями, які програли арбітраж. Рішення МЦВІС не може бути предметом розгляду в національних судах із точки зору визнання або оспорювання його правової сили, оскільки зазначені рішення є остаточними та зобов'язуючими для сторін і не підлягають апеляції або іншому способу оскарження. У процесі приведення до виконання таких рішень застосовується законодавство держави, де дане рішення вже виконується.

На основі результатів проведеного наукового дослідження внесено пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України:

- запропоновано зменшити кількість інстанцій для розгляду справ щодо визнання та виконання арбітражних рішень до двох: Апеляційний суд міста Києва та Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ (ВССУ);

- з метою попередження затягування судового процесу, запропоновано обмежити строки розгляду клопотань про визнання та виконання рішення міжнародного арбітражу трьома місяцями з дня надходження до суду такого клопотання.

Зазначені пропозиції сформульовано в тексті дисертації у вигляді змін до чинного законодавства (зокрема до ст.107, 291, 392, 401 ЦПК України) та ряду міжнародних договорів.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що вони можуть бути використані:

- у законотворчій діяльності – для подальшого удосконалення національного законодавства щодо міжнародних інвестиційних спорів;

- у науковій діяльності – для наступних досліджень проблем міжнародно-правового характеру, які виникають під час регулювання відносин, пов'язаних із вирішенням інвестиційних спорів;

- у навчальному процесі – під час викладання навчальних дисциплін «Цивільне право України», «Міжнародне приватне право», підготовки та написання відповідних розділів підручників, навчальних посібників і курсів лекцій із зазначених дисциплін.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійною завершеною науковою працею. Сформульовані в ній положення наукової новизни та інші наукові результати отримані на базі особистого вивчення та аналізу наукових, нормативних джерел, узагальнення практики їх застосування.

Апробація результатів дисертації. Основні положення дослідження обговорювалися на засіданнях кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, а також отримали апробацію у виступах автора на: Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання державотворення в Україні» (23 травня 2014 р., м. Київ); міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні проблеми правової системи та державотворення в Україні» (28-29 березня 2014р., м. Запоріжжя); міжнародній науково-практичній конференції «Правові системи суспільства: сучасні проблеми та перспективи розвитку» (24-25 жовтня 2014 р., м. Львів); круглому столі «Об'єднані наукою: перспективи міждисциплінарних досліджень» (10-11 листопада 2014 р., м. Київ); міжнародній науково-практичній конференції «Юридичні науки: історія, сучасний стан та перспективи досліджень» (15-16 травня 2015 р., м. Київ); міжнародній науково-практичній конференції «Интеграция Молдовы и Украины в Европейский Союз: правовой аспект» (6-7 ноября 2015 г., г.Кишинев, Республика Молдова); міжнародній науково-практичній конференції «Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні: Питання взаємодії» (22-23 квітня 2016 р., м. Ужгород).

Публікації. Основні теоретичні положення та висновки дисертації викладені у 15 наукових працях: 7 наукових статтях, з яких 6 вийшли друком у вітчизняних фахових юридичних виданнях, та 1 у науковому виданні іноземної

держави, 1 стаття – у колективній монографії та 7 тезах доповідей, опублікованих у матеріалах науково-практичних конференцій.

Структура дисертації. Дисертаційна робота складається зі вступу; 3 розділів, які включають 11 підрозділів; висновків та списку використаних джерел. Повний обсяг дисертації складає 249 сторінок. Список використаних джерел нараховує 274 найменувань і викладено на 31 сторінках.

РОЗДІЛ I

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ВІДНОСИН ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТУВАННЯ

1.1 Поняття та юридична природа відносин у сфері інвестування

Юридична природа відносин у сфері інвестування зумовлена особливістю їх виникнення: суб'єктним складом, об'єктом, змістом та порядком виконання. Загальна теорія права дає визначення правовідносин, як урегульованих нормами права суспільних зв'язків між суб'єктами права, що є носіями суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. [101, с. 148]

У юридичній науці, як правило, виділяють наступні характерні ознаки правовідносин: 1) правовідносини являють такий різновид суспільних відносин, що має правову форму; 2) правовідносини складаються на підставі правових норм; 3) суб'єкти правовідносин конкретно визначені; 4) учасники правовідносин завжди мають суб'єктивні права та несуть юридичні обов'язки; 5) правовідносини мають свідомо-вольовий характер; 6) правовідносини захищаються державою.

Будь-яким правовідносинам властивий невід'ємний (тісний) взаємний зв'язок між підставами та елементами правовідносин.

Підставою правовідносин є юридичний факт, як конкретна життєва обставина, з якою норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин. Здійснення (виконання зобов'язань, їх динаміка) відбувається з урахуванням особливостей суб'єктного складу, змісту та інших елементів правовідносин.

Аналіз інвестиційних правовідносин доцільно проводити за підставами їх виникнення та елементами (суб'єкт, об'єкт, зміст, виконання тощо). Обов'язковим суб'єктом інвестиційних правовідносин є інвестор. За його відсутності правовідносини не можуть розглядатися як інвестиційними. Об'єктами інвестиційних правовідносин можуть виступати будь-які об'єкти

цивільних прав, за винятком особистих немайнових благ. Зміст інвестиційних правовідносин складають права та обов'язки їх суб'єктів, що забезпечують інвестору можливість реалізації належних йому прав на споживання, використання або відчуження об'єктів цивільних прав, що мають грошову оцінку, якій адресує виникнення в нього право на об'єкти інвестиційних правовідносин у результаті їх створення (поліпшення) або придбання на підставі оплатного обміну. Зміст інвестиційних правовідносин залежить від того, до яких саме зобов'язальних правовідносини вступає інвестор.

При здійсненні інвестиційної діяльності інвестори можуть вступати до цивільних правовідносин (наприклад, відносини, що виникають внаслідок заподіяння шкоди державою, що приймає іноземного інвестора або іноземним інвестором будь-якій третій особі), а також – до адміністративних та інших відносин, що засновані на владному підпорядкуванні однієї сторони іншій. У межах адміністративних правовідносин забезпечується дотримання різноманітних обов'язкових вимог і обмежень в діяльності інвестора та інших учасників інвестиційних відносин, які передбачають в деяких випадках необхідності отримання дозволів, погоджень, ліцензій. Так само, виникають фінансово-правові відносини представлені податковими та бюджетними правовідносинами.

Існує низка юридичних ознак, що дозволяє відмежувати відносини з вкладання інвестицій від інших цивільно-правових відносин: 1) наявність інвестиції – об'єкта цивільних прав (речей, іншого майна, в тому числі майнових прав), що не вилучене з цивільного обороту та належить інвестору і підлягає вкладенню в об'єкт інвестиційної діяльності; 2) наявність об'єкта інвестиційної діяльності – об'єкта вкладення (майна, за винятком грошових коштів в національній валюті), який може принести дохід інвестору в майбутньому; 3) наявність угоди з вкладання інвестицій в об'єкт інвестиційної діяльності.

Підставою виникнення інвестиційних правовідносин є, як правило, інвестиційний договір, хоча можливі й інші підстави. Наприклад, акт із створення підприємства особою – інвестором.

В правовій літературі, законодавстві та на практиці – правова природа інвестиційного контракту має різні визначення. Можна виділити кілька основних позицій: перша – відносить інвестиційні договори до сфери регулювання публічного права, заперечуючи їх договірну природу [108, с. 98]; друга – виділяє цивільно-правовий характер інвестиційних договорів, розглядаючи їх як цивільно-правових договорів, яким притаманна певна специфіка [93, с. 43]; третя – дорівнює інвестиційні контракти до міжнародних договорів, тим самим відносить даний інститут до сфери регулювання міжнародного публічного права; четверта – ґрунтується на визначенні інвестиційного договору, як комплексного правового інституту, в межах якого виникають як приватноправові, так і публічно-правові відносини.

Саме четверта позиція, очевидно, найбільш системно відображає суть даної категорії, оскільки неможливо віднести інвестиційний контракт лише до договорів цивільно-правового характеру, як і не можливо не враховувати їх публічно-правову складову. Зокрема, публічно-правовий характер інвестиційний контрактів проявляється в тому, що контракти регулюють питання, що пов'язані зі здійсненням фізичними та юридичними особами інвестиційної діяльності, а публічно-правовий характер вбачається в зобов'язаннях держави забезпечувати передбачені міжнародною угодою умови здійснення такої діяльності.

На підставі норм права, за наявності передбачених юридичних фактів, інвестори та інші особи вступають до інвестиційних правовідносин, у межах, яких вони стають носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків.

В юридичній науці існують різні підходи щодо поняття інвестиційних правовідносин. Симон О. Є. дає визначення інвестиційним правовідносинам – як майновим відносинам, що виникають на договірній і позадоговірній основі між суб'єктами інвестиційної діяльності (інвестором або учасниками цієї

діяльності) з приводу довгострокового розміщення та реалізації (використання) майна, майнових прав та інших цінностей, що мають ринкову вартість у певній формі з метою отримання прибутку (доходу). [112, с. 145–146.]

Гущин В. В. під інвестиційними правовідносинами розуміє – сукупність суспільних відносин, що виникають з приводу залучення, використання та контролю над інвестиціями та інвестиційною діяльністю, яка здійснюється, а також відносини, що пов'язані з відповідальністю інвесторів за дії, що суперечать законодавству. [95, с.67]

У свою чергу С. П. Мороз зазначає, що інвестиційне правовідношення виступає комплексним правовідношенням через те, що в ньому одночасно містяться приватноправові та публічно-правові витоки, при цьому його специфіка визначається особливим суб'єктним складом та специфічною сферою діяльності. З огляду на зазначене вище надається формулювання поняття інвестиційного правовідношення, як такого, що виникає з приводу матеріальних чи нематеріальних благ, вкладених інвестором в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності з метою отримання прибутку та(чи) досягнення позитивного соціального ефекту. [109, с. 116]

Жорнокуй Ю. М. надає визначення інвестиційним правовідносинам та виділяє їх ознаки. Інвестиційні правовідносини – це врегульовані нормами інвестиційного законодавства суспільні відносини, учасники яких у силу їх спеціального правового статусу визнаються носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Специфічні ознаки інвестиційних правовідносин зумовлені такими обставинами:

1. Інвестиційні відносини виникають, як правило, у зв'язку зі здійсненням інвестиційної діяльності, тобто вкладенням інвестицій і здійсненням практичних дій з метою одержання прибутку та(або) досягнення іншого соціального(корисного) ефекту;

2. Підставою виникнення інвестиційних правовідносин є договір між інвесторами та реципієнтами;

3. У передбачених чинним законодавством випадках держава має право обмежувати інвестиційні правовідносини шляхом заборони на участь у них окремих суб'єктів або заборони на здійснення окремих видів підприємницької діяльності;

4. Інвестиційні правовідносини забезпечуються адміністративними формами державної діяльності із залучення інвестицій, тобто введенням системи податків з диференціюванням податкових ставок і пільг; проведенням фінансової і кредитної політики, політики ціноутворення(у тому числі випуском в обіг цінних паперів), амортизаційної та антимонопольної політики;

5. Спори в інвестиційних правовідносинах вирішуються як у позасудовому, так і в судовому порядку. У деяких випадках, якщо таке положення встановлене договором або міжнародною угодою, суб'єкти інвестиційних відносин мають право безпосередньо звертатись за вирішенням спору в міжнародні судові органи. [74, с. 61]

Заслуговує на увагу позиція І. З. Фархутдинова, який розглядає інвестиційні правовідносини як вид цивільних правовідносин. Інвестиційні правовідносини – суспільні відносини, що пов'язані з інвестиціями та інвестиційною діяльністю, врегульовані нормами цивільного права, в результаті чого у суб'єктів цих правовідносин виникають майнові та особисті немайнові права та обов'язки. Залежно від об'єкта інвестування інвестиційні правовідносини поділяються на правовідносини, що пов'язані з правом власності (з вкладом інвестицій в майнові права), та правовідносини, що пов'язані з інтелектуальною власністю. [99, с.117]

У спеціальній юридичній літературі висловлено пропозицію про необхідність класифікації інвестиційних правовідносин залежно від договірних конструкцій, що їх опосередковують: членські правовідносини або участі; правовідносини зобов'язального характеру. [107, с. 134-135]

До членських правовідносин належать: акціонерні правовідносини (Акціонер – АТ); правовідносини вкладник-командитне товариство; відносини членства у житловому накопичувальному кооперативі.

До правовідносин зобов'язального характеру належать: правовідносини, що виникають із облігаційного займу; правовідносини, що виникають із договору банківського вкладу; правовідносини, що виникають із «пенсійного договору»; правовідносини, що виникають із договорів часткової участі у будівництві багатоквартирних житлових будинків та іншої нерухомості; правовідносини, права інвестора в яких посвідчуються інвестиційним паєм.

Залежно від функціональної належності виділяють регулятивні та охоронні інвестиційні правовідносини. За допомогою перших здійснюється впорядкування (регулювання) суспільних відносин в інвестиційній сфері. Відповідне регулювання вчиняється шляхом визначення оптимального правового становища суб'єктів або правового режиму об'єкта правовідносин, порядку, способу і меж реалізації суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів суб'єктів інвестиційних правовідносин і виникають за умови їх порушення, а також у випадку порушення суспільного порядку, встановленого державою у сфері інвестування. Залежно від характеру змісту інвестиційні правовідносини бувають абсолютними і відносними. Абсолютні правовідносини є похідними із належності суб'єктивного права одній особі і загального юридичного обов'язку всіх інших осіб утримуватися від порушення цього права. Відносні ж побудовані на тому, що носієві суб'єктивного прав завжди протиставляється конкретний носій юридичного обов'язку. [74, с. 125]

З точки зору А. Г. Богатирьова, суть приватноправового регулювання полягає у визначенні організаційно-правових форм суб'єктів інвестиційних відносин, а публічно-правове регулювання в забезпеченні правових гарантій та захисту з сторони держави. [89, с.24; 31]

Дещо іншого підходу дотримується Я. О. Золоєва, на думку якої, норми публічного права відносяться, наприклад до допуску іноземних інвесторів, а норми цивільного права визначають порядок регулювання різноманітних форм інвестицій, інвестиційної діяльності, як частини ринкових відносин. [98, с.2]

Головними суб'єктами інвестиційних відносин є держава, компанії та приватні особи, при чому кожен із них може брати участь в інвестиційному процесі як зі сторони попиту, так і зі сторони пропозиції.

Як і в будь-якому правовідношенні, основу інвестування становлять не лише договори, а й інші юридичні факти. Н. Г. Дороніна та Н. Г. Семилютіна підкреслюють, що інвестування коштів може бути опосередковано різними правовими формами – договором позики, договором кредитування (що включає й банківське) та ін., у тому числі за рахунок залучення коштів невизначеного кола осіб шляхом випуску таких цінних паперів, як акції та облігації. [110, с.143]

Залежно від того, хто інвестує капітал, інвестиції можуть бути державними та приватними. Зазначимо, що в міжнародних інвестиційних відносинах вагому роль відіграє держава, оскільки може виступати, з одного боку, безпосередньо експортером капіталу, а з іншого – гарантом вивезення приватного капіталу. При цьому вона бере на себе обов'язок захисту інвестицій.

Сутність правовідносин в сфері іноземних інвестицій полягає в створенні правових умов і гарантій інвесторам-власникам, а також у визначенні відповідних організаційно-правових форм інвестування. Це й виступає характерною особливістю регулювання інвестиційних відносин – відносин власності, про що свідчить національне та міжнародне право. Саме в національному праві, як у спеціальних нормативно-правових актах, наприклад, у законодавстві про іноземні інвестиції, так і в нормативних актах загального характеру (цивільне, торгове, фінансове, банківське, митне законодавство) містяться норми, що визначають його правові форми. [89, с. 23]. Під формами розуміються передбачені нормами законодавства дії, що спрямовані на здійснення іноземних інвестицій.

Положеннями ст. 3 Закону України «Про режим іноземного інвестування» передбачено такі форми здійснення іноземних інвестицій [6, ст. 3]:

- часткової участі в підприємствах, що створюються спільно з українськими юридичними і фізичними особами, або придбання частки діючих підприємств;

- створення підприємств, що повністю належать іноземним інвесторам, філій та інших відокремлених підрозділів іноземних юридичних осіб або придбання у власність діючих підприємств повністю;

- придбання не забороненого законами України нерухомого чи рухомого майна, включаючи будинки, квартири, приміщення, обладнання, транспортні засоби та інші об'єкти власності, шляхом прямого одержання майна та майнових комплексів або у вигляді акцій, облігацій та інших цінних паперів;

- придбання самостійно чи за участю українських юридичних або фізичних осіб прав на користування землею та використання природних ресурсів на території України;

- придбання інших майнових прав;

- господарської (підприємницької) діяльності на основі угод про розподіл продукції;

- в інших формах, які не заборонені законами України, в тому числі без створення юридичної особи на підставі договорів із суб'єктами господарської діяльності України.

Аналіз вищезазначених положень Закону України «Про режим іноземного інвестування», дає підставу виділення двох основних правових форм іноземного інвестування: корпоративної та договірної, які можуть поєднуватися (наприклад, у разі створення кількома особами, за участі іноземного інвестора/інвесторів, господарського товариства; укладення засновницького договору або договору про створення товариства є обов'язковою передумовою інвестування в корпоративній формі).

Корпоративна форма іноземного інвестування має місце в разі:

- створення іноземним інвестором самостійно чи за участю українських суб'єктів господарювання господарських організацій;

– набуття іноземним інвестором корпоративних прав діючої господарської організації чи цілісного майнового комплексу унітарного підприємства;

– створення іноземним інвестором з правами юридичної особи філії чи представництва. Їх реєстрація здійснюється відповідно до Інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, затверджена наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 18.01.1996 р. № 30. [11]

Особливу роль серед організаційно-правових форм іноземного інвестування відіграють підприємства з іноземними інвестиціями та іноземні підприємства, особливості правового статусу яких визначаються ГК України (ч.2 ст. 63; ст. ст. 116-117) [4, ч. 2 ст. 63; ст. ст. 116-117] і Законом України «Про режим іноземного інвестування» (оперує лише поняттям підприємства з іноземними інвестиціями – п. 3 ст. 1, ст. ст. 16-21).

Підприємством з іноземними інвестиціями визнається підприємство (господарська організація) будь-якої організаційно-правової форми, в статутному фонді якого не менш як 10 відсотків становить іноземна інвестиція. Іноземне підприємство є різновидом підприємства з іноземними інвестиціями. Характерною ознакою іноземного підприємства є 100-відсоткова іноземна інвестиція в його статутному капіталі (фонді). Набуття спеціального статусу – підприємства з іноземними інвестиціями чи іноземного підприємства – відбувається з дня зарахування іноземної інвестиції на баланс такої організації.

Положення про порядок іноземного інвестування в Україну, затверджене постановою Правління Національного банку України від 10.08.2005 р. № 280 [10], виділяє наступні різновиди корпоративного інвестування за критерієм об'єкту інвестування:

а) портфельне (передбачає придбання цінних паперів, їх похідних та інших фінансових активів за кошти на фондовому ринку);

б) пряме (полягає у придбанні об'єктів нерухомого та рухомого майна та пов'язаних з ним майнових прав, а також внесення коштів і майна до

статутного фонду (статутного капіталу) юридичної особи в обмін на корпоративні права, емітовані цією юридичною особою).

Іноземні інвестиції можуть здійснюватися і в інших формах, зокрема шляхом укладення концесійних договорів, договорів про спільну інвестиційну діяльність та угод – про розподіл продукції. Відносини щодо вкладення іноземних інвестицій опосередковуються за допомогою інвестиційного договору за участю іноземного інвестора.

Цей договір має такі характерні ознаки – особливий суб'єктний склад: однією із сторін договору має бути іноземний інвестор; предмет договору – іноземна інвестиція, що здійснюється в будь-якій не забороненій законодавством України формі й розмір якої фіксується в договорі; об'єкт інвестування, не заборонений законодавством України щодо іноземних інвестицій; мета договору – здійснення іноземної інвестиції й отримання як результату прибутку (доходу) та/або досягнення іншого соціально-економічного ефекту; необхідність дотримання письмової форми (а в передбачених законодавством випадках – нотаріально посвідченої); оскільки інвестиційна діяльність є різновидом зовнішньоекономічної діяльності (ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність») [7, ст. 1], то при укладенні інвестиційних договорів, які опосередковують здійснення іноземного інвестування спільно іноземними інвесторами та вітчизняними суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, слід дотримуватися спеціальних вимог щодо форми та змісту договору, притаманних зовнішньоекономічним контрактам, якщо законодавство про режим іноземного інвестування та спеціальні закони не передбачають іншого.

Проведений аналіз інвестиційних правовідносин дає підставу розглядати їх, як відносини, що виникають при здійсненні інвестиційної діяльності. Така діяльність з юридичної точки зору передбачає – укладення договорів направлених на вкладення (відчуження) належного інвестору майна, що вчиняється з наміром отримання відповідних громадянських прав та створення правового результату. Однією з ключових категорій інвестиційних

правовідносин є поняття «інвестицій». Інвестицію слід визначати як об'єкт цивільних прав, тобто майно (рід, включаючи готівкові грошові кошти та цінні папери, інше майно, в тому числі майнові права), яке не вилучено з цивільного обороту, належить інвестору та вкладається в результаті укладення угоди в об'єкт інвестиційної діяльності. Разом із тим необхідно відділяти самі інвестиції від дій по їх вкладенню в будь-які об'єкти (інвестиційна діяльність), так як вони відіграють різну роль в інвестиційних правовідносинах.

Інвестиції – категорія майнова, що володіє грошовою оцінкою, в широкому сенсі це чисельність об'єктів, що «вкладаються» в якісь інших об'єктів. Інвестиційна діяльність це – категорія, що означає активну дію, тобто вкладення інвестицій.

Сучасний режим міжнародних інвестиційних відносин було встановлено в середині ХХ століття, для основної функції: захищати інвестиції громадян розвинених країн в країнах, що розвиваються. Захист інвестицій стає інструментом їх залучення. Ідея полягала в тому: надаючи дієві заходи щодо захисту іноземним інвесторам, спираючись на нейтральну міжнародну систему врегулювання спорів, держави можуть заохочувати приватний сектор до інвестицій в країнах, що економічно розвиваються, тим самим стимулюючи економічне зростання в інтересах усіх учасників інвестування. Положення про захист було зафіксовано в двосторонніх договорах та згодом імplementовано до національного законодавства країн – учасників. Правовою основою діяльності учасників інвестиційних відносин є міжнародне інвестиційне право.

Отже, передумовою виникнення міжнародних інвестиційних правовідносин виступає інвестиційний контракт. Розкриваючи правову природу інвестиційного контракту, зазвичай виділяють п'ять основних елементів:

- 1) у результаті укладення інвестиційного контракту відбувається передача (інвестування) інвестором майна іншій особі, як правило, у власність;
- 2) інвестування завжди здійснюється в так зване спільне підприємство;
- 3) на стороні інвестора в тій чи іншій мірі беруть участь кілька фізичних або юридичних осіб;

4) мета укладення інвестиційного контракту - отримання інвестором доходу від вкладення коштів. Джерелом доходу є діяльність особи, отримання інвестиції;

5) п'ята ознака інвестиційного контракту пов'язана з вмістом суб'єктивного права інвестора в частині можливості участі останнього в тій діяльності, яка може принести дохід. При цьому сам інвестор не приймає участі в тій діяльності, яка приносить або може принести дохід. Він має право отримувати дохід (частина доходу) не в силу факту участі в його створенні, що відбувається у випадку з підприємцем, а в силу наявності відповідних правовідносин між ним і організатором інвестування. [107, с. 10]

У сфері іноземного інвестування застосовуються такі види договорів:

- засновницькі (використовуються при корпоративній формі інвестування і укладаються згідно з відповідними положеннями ГК та ЦК [2]);
- концесійні (розглядатимуться в наступній темі);
- договори про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора (можуть мати назви: договори про виробничу кооперацію, про спільне виробництво та ін.);
- договори підряду на капітальне будівництво за участю іноземних суб'єктів господарювання;
- договори про трансфер технологій;
- договори франчайзингу (комерційної концесії);
- договори (контракти) на користування надрами та ін.

Як було зазначено, правова природа інвестиційного контракту в правовій літературі має неоднозначне визначення. Так, одні автори відносять інвестиційні контракти до сфери регулювання адміністративного (публічного) права й заперечують договірну природу інвестиційних контрактів. Відмінної концепції дотримуються прихильники іншої позиції, які підкреслюють цивільно-правовий характер інвестиційних контрактів і розглядають їх як різновид цивільно-правових договорів, що мають певну специфіку. Спостерігається концепція прирівнювання інвестиційних контрактів до

міжнародних договорів, що має на увазі включення даного правового інституту до меж міжнародного публічного права. Слід зазначити, що в сучасних умовах доречним вважається вказувати на комплексність правовідносин у сфері іноземного інвестування.

Підтвердженням цивілістичної концепції природи договорів (контрактів), які опосередковують інвестиційні відносини, може бути Вашингтонська Конвенція 1965 року [15]. Практика здійснення інвестицій свідчить про тенденцію їх врегулювання в межах міжнародного приватного права. Предмет регулювання останнього, як відомо, складають цивілістичні відносини. Тому, якщо специфіку інвестиційних відносин розглядати через призму становлення інвестиційного права як частини міжнародного приватного права, а інвестиційні договори (контракти) – як інститут інвестиційного права, не можна заперечувати їх цивілістичної природи. [79] На додаток метою вирішення інвестиційного спору є захист суб'єктів цивільних правовідносин.

Відносини в сфері іноземного інвестування виступають комплексною сферою правового регулювання, при цьому специфіка визначається особливим суб'єктним складом і особливою сферою здійснюваної діяльності, що містить дві групи правовідносин:

1) Приватноправові – відносини, що виникають при здійсненні іноземними фізичними та юридичними особами інвестиційної діяльності на території іноземної держави. Вони включають в себе договірні правовідносини, що опосередковують вкладення іноземних інвестицій, а також пов'язані з ними інші, зокрема, зобов'язальні правовідносини внаслідок заподіяння приймаючою державою шкоди іноземному інвестору.

2) Публічно-правові відносини які виникають між сторонами двосторонніх інвестиційних договорів (державами).

Зазначені угоди зазвичай містять перелік основних зобов'язань для держави, зокрема:

- забезпечити справедливий і рівноправний режим;
- повний захист і безпеку іноземних інвестицій;

– гарантувати вільний рух інвестицій; гарантії національного режиму чи режиму найбільшого сприяння для іноземних інвесторів;

– не експропріювати інвестиції для суспільних цілей, крім випадків належної правової процедури, та гарантії компенсації за справедливою ринковою вартістю.

Пропозиція на звернення до певного арбітражного органу для розв'язання інвестиційного спору міститься в двосторонніх або багатосторонніх угодах, які укладаються на міждержавному рівні. У випадку порушення державою-реципієнтом інвестицій договору, або державною компанією умов контракту з іноземним інвестором, інвестори мають можливість здійснити свій захист як за контрактом так і за інвестиційною угодою.

Вищезазначене дає підставу для висновку: інвестиційні правовідносини як правовідносини, що виникають при здійсненні інвестиційної діяльності, характеризуються різноманіттям і включають в себе дві групи взаємозалежних між собою відносин. Перша з них охоплює договірні й інші цивільні правовідносини між інвесторами та іншими суб'єктами цивільного права, які опосередковують вкладення інвестицій (власне інвестиційні відносини), носять зобов'язально-правовий характер і тому вважаються основними. Додаткові правовідносини, що становлять другу групу інвестиційних правовідносин, представлені іншими цивільними, а також адміністративними та фінансовими правовідносинами між інвесторами та уповноваженими органами влади, в межах яких забезпечується дотримання встановлених обмежень (вимог) і надання стимулюючих засобів для інвесторів. Провідну роль у правовому регулюванні інвестиційних відносин, серед яких основними (головними) виступають зобов'язання щодо вкладення інвестицій, здійснює цивільне право.

Виникає ряд питань, що пов'язані з укладенням інвестиційної угоди між державами. Інвестори виступають правовласниками за інвестиційними договорами (так як вони можуть подавати позови проти приймаючої інвестиції держави за порушення договірних зобов'язань)? Або вони просто є

бенефіціарами¹, [271, с. 377-378] третя сторона, які мають похідний інтерес у дотриманні державами своїх зобов'язань (оскільки інвестори не є учасниками договору) ?

Відповідь на це питання, з якою неможливо не погодитись, обґрунтовує С.А. Войтович де зазначає, що приватний інвестор, який не є стороною такого договору, не має прямих зобов'язань за договором, але набуває як бенефіціар певних прав за нормами міждержавного договору й деякі окремі зобов'язання приватного інвестора стосовно приймаючої держави. Наприклад, інвестор зобов'язаний дотримуватися вимоги міждержавного договору про так званий період очікування й не подавати передчасний позов до держави. Це зобов'язання інвестора прямо пов'язане з його правом на інвестиційний позов. Тобто, інвестор виступає бенефіціаром прав і носієм деяких зобов'язань, які впливають із міждержавного договору не безпосередньо, а лише через свою державу – сторону такого договору. Це відображає специфіку дії норм міжнародного права відносно юридичних і фізичних осіб.

Процедура вирішення інвестиційних спорів у міжнародному інвестиційному арбітражі визначається міжнародно-правовим договором публічного характеру, метою є вирішення спорів пов'язаних з інвестиційною діяльністю приватних осіб, що передбачає собою відповідальність держави перед інвестором іншої держави. Професор Томас Вальде визначає головною відмінністю інвестиційного арбітражу від публічного – наявність приватної особи стороною: «В його серці знаходиться право приватної особи вступати в арбітражний спір проти іноземної держави з приводу поведінки цієї держави, що вплинула на інвестора. У цьому полягає фундаментальна відмінність від традиційного міжнародного публічного права, завданням якого є вирішення

¹ Бенефіціар (від фр. *benefice* – прибуток, користь) – особа, що отримує прибуток від своєї власності, яку передано в довірче користування другій особі, юридичній чи фізичній (оренда, винайм), або від використання власності третіми особами (наприклад, коли акціонер передає акції в користування брокеру, з метою отримання максимального прибутку (дивіденда). Бенефіціаром є також особа, на користь якої банк-емітент відкриває документарний акредитив. Зазвичай бенефіціаром є експортер, продавець товарів чи послуг, які є предметом міжнародної угоди купівлі-продажу.

спорів між суверенними державами, і в якому немає місця для приватних осіб».
[265]

Двосторонні інвестиційні договори створили правову базу для заохочення та захисту іноземних інвестицій і інвесторів та будь-яких вимог, що випливають із договору є договірними претензіями. Іноземні інвестиції також включають контракти між інвестором і приймаючою державою або органами приймаючої держави, наприклад, у вигляді концесійних договорів. Хоча права інвестора під кожним інструментом різні, а іноді вони можуть перетинатися. Коли державна компанія порушує договір з іноземним інвестором – або коли приймаюча держава порушує договірні зобов'язання, взяті перед компанією, в якій іноземний інвестор має частку, інвестори можуть мати як контрактні так і договірні претензії до приймаючої країни.

Професор Ian Brownlie [58] та Lady Fox [125] підняли питання, чи слід відносити законні очікування індивіда до кола винятків із закону державного імунітету, так як і у випадку комерційної діяльності держави. Під час вступу в комерційні правовідносини держава переходить до горизонтальних відносин. Адміністративні функції держави, що раніше вважалися діями держави, що здійснювалися задля виконання своїх суверенних повноважень «*jure imperii*» та «*sovereignty*» у випадку порушення прав осіб можна вважати порушенням договірних зобов'язань, які держава зобов'язана була дотримуватися та які в значній мірі підпадають під дію держави комерційного або приватно правового характеру «*jure gestionis*».

Будь-яка інвестиційна діяльність – це відповідні дії держави, фізичної чи юридичної особи, що пов'язані з відокремленням частки свого майна і переданням її на територію іншої держави для отримання прибутку або досягнення іншого важливого для інвестора результату. Такі дії мають назву міжнародної інвестиційної діяльності, а відносини, які виникають при цьому, – міжнародними інвестиційними відносинами.

1.2 Поняття інвестицій

Інвестиційна політика держави з правової точки зору являє собою створення сприятливого інвестиційного клімату для закордонних капіталовкладень, що передбачає використання національно-правового регулювання, а також, відповідно, міжнародно-правового регулювання на багатосторонньому та двосторонньому рівнях.

Для з'ясування правової сутності міжнародних інвестиційних відносин важливо визначити особливі ключові поняття, як «інвестиції» та «капітал». В перекладі з англійської мови «investment» визначається як інвестування; вкладення капіталу, коштів, капіталовкладення; капітальні витрати; вкладення в цінні папери або підприємство. Хоча виникло дане слово від слова «in vest», що досконало перекладається з англійської «в майці».

Поняття «інвестиція» має економічні витоки, що зумовлює доцільність дослідження даного питання з урахуванням його економічної сутності. В економічній науковій літературі містяться різного роду визначення поняття «інвестиції». В основному воно розглядається як фінансові кошти, що витрачаються на будівництво нових, реконструкцію діючих підприємств, на житлове, комунальне і культурно-побутове будівництво. [273, с. 107-108]

З економічної точки зору з поняттям «інвестиції» пов'язане поняття «капітал». Капітал виступає ключовою категорією, фактором виробництва. Дана категорія є предметом дослідження багатьох поколінь економістів різних шкіл. Видатний економіст Й. Шумпетер бачив капітал тільки в грошах, за які підприємець отримує необхідні блага для приватного виробництва. Так, Й. Шумпетер зазначав, що ...ми визначаємо капітал, як суму грошей та інших платіжних засобів, які в будь-який час можуть бути надані в розпорядження підприємця. [116, с. 231] Звуження визначення капіталу тільки до грошей викликало питання здатності грошей самих по собі приносити додаткову вартість.

Представник класичної школи А. Сміт у праці «Дослідження про природу та причини багатства народів» висвітлює питання природи капіталу, його накопичення та застосування. Вченим досліджено, що капітал являє собою сукупність речей (засобів виробництва). А. Сміт намагався виявити природу запасів, дію, що здійснюється накопиченням коштів у різні капіталовкладення, та наслідки різного використання цього капіталу. Автор виходить з того, що гроші – це форма руху капіталу, а сам капітал – частина вартості суспільного продукту. [113, с. 268]

Грунтовне визначення економічної категорії дано в праці «Капітал» К. Марксом. К.Маркс також виходив із грошової форми капіталу й надавав йому первісне визначення саме у вигляді зростаючій вартості. Йдеться не про збільшення грошей, що можна досягти в процесі обігу, а про зростання собівартості, що досягається в процесі виробництва. Саме в процесі виробництва, внаслідок взаємодії засобів виробництва та робочої сили створюється нова, додана вартість, яка втілює додаткову вартість. Класична школа відображає капітал саме в самих речах, у засобах виробництва. К. Маркс переконливо доводить, що капітал – це не річ, а суспільні відносини, перш за все відносини приватної власності. [86, с. 103]

За визначенням німецького економіста Х. Г. Лоббеса, інвестиції представляють собою процес витрат живої та матеріалізованої праці для створення виробничих потужностей, за допомогою яких у процесі виробництва жива праця створює більшу вартість, ніж може спожити». [114, с. 193] Дж. Кейнс визначає інвестиції як поточний приріст цінності капітального майна в результаті виробничої діяльності даного періоду, або як ту частину прибутку за даний період, яка не була використана для споживання. [100, с. 117] На думку П. Массі, інвестування являє собою акт обміну задоволення сьогоденної потреби на очікуване задоволення її в майбутньому за допомогою інвестиційних благ. [106, с. 27]

Економічна сутність поняття «інвестиції» та «капітал», знайшла відображення в існуючих загальних доктринальних підходах юридичної

літератури, законодавстві України та міжнародному нормативно-правовому регулюванні.

З точки зору юридичного змісту даного поняття заслуговує на увагу позиція відомого юриста – міжнародника Дж. Шварценбергера, який іноземними інвестиціями називає середньострокові та довгострокові кредити й позики, що призначені для імпорту обладнання та послуг, а також будь-яке інше майно, включаючи «будь-які права та інтереси за кордоном, якими особа володіє прямо чи опосередковано». Власність та інвестиції, стверджує він, є синонімами, тому, як таке ліберальне формулювання власності та інвестицій відповідає загальній практиці в міжнародному праві. [154, с. 17] Отже, Дж. Шварценбергер визначає «власність» і «інвестиції», які включають в себе права та інтереси володіння й розпорядження рухомим і нерухомим майном.

У роботі нігерійського юриста Е. Ноугугу йдеться, що основною формою іноземних інвестицій є прямі інвестиції. Але, незважаючи на це, він дає визначення як прямих, так і портфельних інвестицій, вбачаючи відмінність між ними лише в ступені контролю над підприємствами. Прямі інвестиції тягнуть за собою комплексний комерційний контроль і поширені у вигляді філій – іноземні компанії. [143, с. 4]

Доктринальні підходи зазначеного поняття знайшли відображення в нормах українського права. Відповідно до у ст. 1 закону України «Про інвестиційну діяльність» [8], інвестиціями визнаються всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються до об'єктів підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (доход) або досягається соціальний ефект. Такими цінностями можуть бути: кошти, цільові банківські вклади, паї, акції та інші цінні папери (крім векселів); майно (будинки, споруди, устаткування та інші матеріальні цінності); майнові права інтелектуальної власності; сукупність технічних, технологічних, комерційних та інших знань, оформлених у вигляді технічної документації, навиків та виробничого досвіду, необхідних для організації того чи іншого виду виробництва, але не запатентованих «ноу-хау»; права користування землею,

водою, ресурсами, будинками, спорудами, обладнанням, а також інші майнові права, інші цінності. Інвестиції у відтворення основних фондів і щодо зростання матеріально-виробничих запасів здійснюються у вигляді капітальних вкладень.

Закон України «Про режим іноземного інвестування» ст. 1 (Визначення термінів), що зазначені в п.2 Закону: – іноземні інвестиції це – цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту. [6]

Податковий кодекс України (2010), визначає інвестиції як господарські операції, які передбачають придбання основних засобів, нематеріальних активів, корпоративних прав та/або цінних паперів в обмін на кошти або майно. [82, с. 123-126] Податковий кодекс поділяє інвестиції на:

а) капітальні інвестиції – господарські операції, що передбачають придбання будинків, споруд, інших об'єктів нерухомої власності, інших основних засобів і нематеріальних активів, що підлягають амортизації відповідно до норм цього Кодексу;

б) фінансові інвестиції – господарські операції, що передбачають придбання корпоративних прав, цінних паперів, деривативів та/або інших фінансових інструментів.

Фінансові інвестиції поділяються на:

– прямі інвестиції – господарські операції, що передбачають внесення коштів або майна в обмін на корпоративні права, емітовані юридичною особою при їх розміщенні такою особою;

– портфельні інвестиції – господарські операції, що передбачають купівлю цінних паперів, деривативів та інших фінансових активів за кошти на фондовому ринку або біржовому товарному ринку;

в) реінвестиції – господарські операції, що передбачають здійснення капітальних або фінансових інвестицій за рахунок прибутку, отриманого від інвестиційних операцій. [5]

Отже, українським законодавством передбачено різноманітні підходи до визначення інвестицій: інвестиції як цінність [8] та інвестиція як господарська операція. [5]

Міжнародними договорами та конвенціями не передбачено єдиного визначення щодо інвестиції. За Juilliard та Carreau, відсутність єдиного правового визначення пов'язано з тим, що значення терміна «інвестиції» варіюється залежно від об'єкта та мети різних інвестиційних інструментів, що мають міститися за змістом. [125, с. 101] Отже, різноманітність визначень щодо інвестицій є результатом чисельності джерельної бази.

Основним джерелом міжнародного інвестиційного права є міжнародні інвестиційні угоди (надалі – МІУ). Сьогодні існує понад 2500 таких угод, переважну більшість яких було укладено починаючи з 90-х років ХХ ст. Така чисельність включає майже 2400 двосторонніх інвестиційних договорів (ДІД), а також більше ніж 200 торгівельних угод, що містять положення про інвестиції. [149]

Особливу роль, звертаючись до угод та джерел міжнародного інвестиційного права, відіграють двосторонні угоди про сприяння та взаємний захист інвестицій між Урядом України та урядами інших держав.

Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки «Про заохочення та взаємний захист інвестицій» (1996 р.), визначає поняття «інвестиція» це – будь-який вид інвестицій на території однієї зі Сторін, що належить або контролюється, прямо або опосередковано, громадянами або компаніями іншої Сторони, такі як акція, боргові зобов'язання, контракти з надання послуг і здійснення інвестицій, та включає:

а) матеріальну та нематеріальну власність, в тому числі такі права як іпотека, заставне утримання, забезпечення по позиці;

б) компанію, пакет акцій або іншу участь в компанії або участь в активах останньої;

с) вимогу стосовно грошей або вимогу відносно виконання договору, що мають економічну цінність та пов'язані з інвестицією;

d) інтелектуальну власність, що включає, *inter alia*, права стосовно:

- літературних та художніх творів, в тому числі звукозапису;
- винаходів у всіх галузях діяльності людини;
- промислові зразки;
- топології інтегральних схем;
- секрети виробництва, «ноу-хау», конфіденційну ділову інформацію;
- товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування;

v) будь-яке право, що надається за законом або договором, а також будь-які ліцензії та дозволи згідно з законом. [29]

Зазначений Договір передбачає, що інвестиції можуть приймати найрізноманітніші форми. Перелік охоплює інвестиції, які належать або контролюються громадянами чи компаніями однієї сторони за Договором на території іншої. Інвестиції можуть бути зроблені прямо або побічно, через одну або декілька дочірніх компаній, у тому числі через треті країни. Визначення надає невиключний перелік активів, претензій і прав, які виступають як інвестиції. Згідно п. 2 ст. 1 кожна із Сторін зберігає за собою право відмовляти будь-якій компанії в наданні переваг за даним Договором, якщо така компанія контролюється громадянами будь-якої третьої країни, а також у тому, що стосується компанії іншої Сторони – дана компанія не веде суттєвої підприємницької діяльності на території іншої Сторони, або якщо вона контролюється громадянами третьої країни, з якою Сторона, що відмовила, не підтримує суттєвих економічних стосунків. Пунктом 3 підтверджено, що ніяка зміна форми, в якій інвестуються або реінвестуються активи, не впливатиме на їх характер як інвестиція.

Угода між Урядом України та Урядом Республіки Албанія «Про сприяння та взаємний захист інвестицій», розкриває визначення терміну «інвестиція» через будь-який вид активів, але це не є вичерпним:

a) акції, цінні папери та боргові зобов'язання компаній та будь-яку іншу форму участі в компанії;

b) вимоги стосовно грошей або будь-якого виконання зобов'язань за контрактом, який має економічну цінність, включаючи будь-яку позику, що надано з метою створення економічної цінності;

c) рухоме та нерухоме майно та будь-які інші майнові права, такі як заставні, права утримання, узуфрукти², забезпечення позик та подібні права;

d) права промислової та інтелектуальної власності, включаючи патенти, ліцензії, товарні знаки та найменування, а також технічні процеси, ноу-хау та гудвіл;

e) право на здійснення економічної та комерційної діяльності, надане згідно із законодавством або за контрактом, включаючи концесії на розвідування, видобування, розвиток та експлуатацію природних ресурсів. [20]

Зазначена вище двостороння угода включає стандартне визначення «інвестиції» охоплює «всі види активів», що належать або контролюються інвестором іншої Сторони. Це широке осмислення «інвестицій» доповнюється приблизним переліком активів включаючи п'ять категорій активів: рухоме і нерухоме майно, частки володіння в компаніях – у тому числі як портфеля і прямих інвестицій – договірні права, інтелектуальної власності і бізнес-поступки.

Аналогічний підхід розкриття поняття «інвестиції» як «активу» міститься також у різноманітних угодах, наприклад: Угода між Україною і Республікою Австрія «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» [21]; Угода між Урядом України та Урядом Азербайджанської Республіки «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» [22]; Угода між Урядом України та Бельгійсько-Люксембурзьким Економічним Союзом «Про взаємне заохочення та захист інвестицій» [24], Угоді між Україною та Боснією і Герцеговиною «Про заохочення і взаємний захист інвестицій» [25]; Угоді між Урядом України та

² Узуфрукт (лат. usus – использование, лат. fructus – доход) – вещное право пользования чужим имуществом с правом присвоения доходов от него, но с условием сохранения его целостности, ценности и хозяйственного назначения.

Урядом Його Величності Султана і Янг Ді-Пертуана Брунею Даруссаламу «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» [26]; Угоді між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» [27]; Угоді між Україною та Словацькою Республікою «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» [28]. Загалом розуміння поняття «інвестицій», як активу (належного інвестору майна) притаманний МІУ, основною метою яких є сприяння іноземному інвестуванню.

В юридичній літературі обґрунтовано декілька основних підходів щодо поняття інвестиції. Термін «інвестиція» переважно вживається в розумінні «капітальні вкладення».

Вчений Кузнєцова Н. С., в своїх працях зазначає, що поняття «інвестиції» та «капітальні вкладення» співвідносяться як категорії загального й окремого: інвестиція у відтворення основних фондів і приріст матеріально-виробничих запасів здійснюється у формі капітальних вкладень [76, с. 6].

Вчений Черевик Є. вважає, що інвестиція – це капітал, накопичений і не використаний для споживання за певний період виробничої діяльності та знову вкладений у виробництво [85, с. 9].

Слід погодитись з визначенням проф. Ю. Д. Притики, під поняттям «інвестиції» розуміється майно, майнові права, інтелектуальні та інші цінності, які мають грошово-вартісну оцінку, належать особі на праві власності або іншому праві, які вкладаються у незаборонений законом об'єкт господарської діяльності з метою отримання прибутку чи досягнення соціального ефекту [80, с. 33].

У літературі під інвестиціями здебільшого розуміють вкладення фінансових і матеріально-технічних засобів із метою одержання бажаного соціально-економічного ефекту. Інвестиції поділяють на фінансові та реальні. До фінансових належать вкладення фінансових коштів для придбання акцій, облігацій та інших цінних паперів, цільові вклади, банківські депозити. До реальних – капітальні вкладення у нове будівництво, розширення, реконструкцію, технічне переозброєння і підтримання виробництва, а також

вкладення коштів у створення матеріально-виробничих запасів. Найчастіше під іноземними інвестиціями розуміють іноземні капітали, що вкладені у підприємство за кордоном.

Наприклад, за словником Ф. Хеніуса з аспекту зовнішньоторговельного розуміння визначено, що «іноземні інвестиції» – це інвестиції, що експортовані з однієї країни й вкладені на територію іншої). [154, с. 17]

Більш в детальному аспекті розглядає поняття іноземних інвестицій вчений Н. Вознесенська [93, с. 99]. Під терміном «іноземні інвестиції», на думку вченого, – це надання коштів іноземним інвестором, за якого обов'язковою є економічна діяльність (за участю або без участі місцевого капіталу), що зумовлює створення виробничого об'єкта, який сприяє розвитку економіки держави, підвищенню її економічного потенціалу. Таким чином інвестиції розглядаються, як процес (вкладення, переказ, іншу діяльність) із переміщення майнових, інтелектуальних та інших цінностей. Даний підхід на нашу думку має певний недолік, тому, що розглядаючи інвестиції як процес вкладення не вбачається різниця між інвестицією й процесом інвестування.

Більшість багатосторонніх і двосторонніх інвестиційних угод та торгових угод до змісту інвестиційної глави включають розгорнуте визначення інвестицій. Вчені посилаються на «всякого роду активи», а після представляють їх. Проте, є деякі угоди, що забезпечують різні підходи до визначення інвестицій, викладаючи широкий, але вичерпний перелік економічної діяльності. Н. Рубінс використовує три види міжнародних інвестиційних угод для того, щоб вказати на різні підходи до визначення інвестицій:

- а) Угоди, що містять «приблизний перелік елементів» (широке визначення, більшість МІУ);
- б) Угоди, що містять «вичерпний перелік» (NAFTA);
- с) Угоди, що містять «гібридний список» (застосовуються в МІУ між США та Сінгапуром). [150, с. 11]

Своєрідно трактується поняття «інвестиції» у Договорі до Енергетичної Хартії. «Інвестиції», визначаються як «капіталовкладення» згідно зі ст. 1 (б)

означає “всі види активів”. [30] У широкому сенсі цього слова дане поняття включає речову і нематеріальну власність, а також будь-які майнові права, вимоги за грошовими коштами і право вимоги виконання зобов’язань за контрактом, доходи, які включають в себе прибуток, дивіденди, відсотки, доходи від приросту капітальної вартості, а також будь-яке право, надане згідно з законом або за контрактом або в силу будь-яких ліцензій та дозволів. Включення прав за контрактом у правову категорію «інвестиції» пояснюється тим, що Договір до Енергетичної Хартії дотримується того концептуального підходу в міжнародному інвестиційному праві, згідно з яким контракти розглядаються як поняття власності, як актив або вартість, а не як джерело зобов’язання. У трьох одночасних арбітражних розглядах по ДЕХ, початих колишніми акціонерами Юкос проти Російської Федерації («Hulley Enterprises Ltd» (Кіпр) проти Російської Федерації; «Yukos Universal Ltd» (Острів Мен) проти Російської Федерації; і «Veteran Petroleum Ltd» (Кіпр) проти Російської Федерації), склади арбітражу: – підтвердили «широке визначення» «інвестицій» в ДЕХ; і – вирішили, що стаття 1 (б) (b) ДЕХ включає номінальне володіння акціями. Немає ознак, що укладачі ДЕХ мали намір обмежити володіння бенефіціарним володінням.

Північноамериканська Угода про зону вільної торгівлі (НАФТА), у статті 1139 передбачає широкий перелік підприємницької діяльності, пов’язаної з вичерпним переліком активів, з конкретними винятками. Інвестиції в рамках НАФТА включають: прямі іноземні інвестиції, портфельні інвестиції (емісійні цінні папери), партнерство та інші інтереси, матеріальне і нематеріальне майно, придбане в очікуванні економічної вигоди. Боргові цінні папери підприємства у разі, якщо підприємство є афілійованою особою інвестора або первинний строк погашення боргового цінного папера не менший ніж три роки, за виключенням боргових цінних паперів, незалежно від строку погашення, державного підприємства; позика підприємству у разі, якщо підприємство є афілійованою особою інвестора або первинний строк погашення позики не менший ніж три роки, за виключенням позики, незалежно від строку погашення, державному

підприємству; право щодо підприємства, яке дозволяє його власнику брати участь у розподілі доходів підприємства; право щодо підприємства, яке дозволяє його власнику брати участь у розподілі активів підприємства під час його ліквідації. Права, що виникають з вкладення капіталу або інших ресурсів на території Договірної сторони в господарську діяльність на такій території, зокрема: на підставі контрактів, що передбачають перебування майна інвестора на території договірної сторони, включаючи пусконаладжувальні, будівельні або концесійні контракти, а також контракти, де винагорода суттєво залежить від виробництва, доходу або прибутків підприємства. [52]

НАФТА доповнює вичерпний перелік категорій інвестицій з негативним визначенням, встановлюючи окремі види, які не повинні розглядатися як інвестиції, наприклад, грошових вимог, що випливають виключно з комерційних контрактів на продаж товарів або послуг.

Конференція Організації Об'єднаних Націй з торгівлі та розвитку у випуску присвяченому проблематиці міжнародних інвестиційних угод № 2 дає визначення основних термінів : інвестицій та інвестора. [166]

Концепція поняття іноземних інвестицій змінюється з часом, як і характер міжнародних економічних відносин. Розвиток видів активів, які можуть бути предметом захисту у відповідності з міжнародними інвестиційними угодами значно розширився з середини дев'ятнадцятого століття. До того часу, транскордонні потоки капіталу звичайно приймали форму кредитування європейських інвесторів до позичальників в інших європейських держав. Прямі іноземні капіталовкладення (Foreign direct investment (FDI)) не були як такою основною формою міжнародних інвестицій. Швидше за все, іноземна власність у країні часто приймала форму матеріального майна і фінансових інтересів в інвестиціях.

Міжнародне приватне право, таким чином зацікавлене в основному захистити таке майно від арешту і права кредиторів збирати борги. Деякі країни уклали договори, які захищали іноземну власність, товари та судна від експропріації.

Поняття інвестицій повинно бути розроблене таким чином, щоб оцінити, чи є даний актив чи угода інвестиційною або є іншим видом комерційної угоди. Ці критерії повинні бути покладені в основу тексту договору, які згодом можуть бути інтерпретовані в кожному конкретному випадку на індивідуальному рівні та зможуть стати основою арбітражного рішення. Якщо ясно, що міжнародна інвестиційна угода (МІУ), про яку йде мова встановлює ліміти щодо того, що може розглядатися в якості інвестицій в рамках умов договору, суд повинен поважати такі обмеження. Таким чином, в процесі переговорів, важливо поставити чіткий перелік інвестицій для взаємно узгоджених меж їх захисту в рамках МІУ.

Триваюче домінування широкого розуміння інвестицій в основі якого лежить поняття активів викликає ризик можливості того, що угоди, які не мали на меті бути інвестиційними трактуються інвестиційними в результаті широкого характеру визначення поняття інвестицій. Багато МІУ містять широкий перелік основних активів включаючи визначення "вимоги за грошовими коштами і претензій за контрактом, що має фінансову цінність". Ці категорії можуть бути прийнятними якщо припускати, що термін «інвестиції» стосується навіть звичайних комерційних операцій, якщо тільки останні є спеціально виключеними. У світлі таких загальних положень існує небезпека поступового розширення арбітражними судами видів договірних вимог, які можуть розглядатися як активи, та знаходяться під захистом в широкому визначенні інвестицій.

Через ризик надмірних інтерпретацій того, що являють собою інвестиції, є необхідність введення різних обмежень щодо широкого підходу. У першу чергу, певні активи можуть бути виключені з визначення. Наприклад, портфель акцій може бути виключений з визначення. Однією з причин цього, можливо є те що ризик участі у деяких портфельних інвестиціях для інвестора не буде вище, ніж участь в прямому інвестуванні, оскільки зазвичай перші інвестиції можуть бути виведені з країни перебування більш легше, ніж останні. [156, с.227-228]. Інший підхід може обмежитися захистом тільки прямих інвестицій

або інвестицій в локально створене підприємство, тим самим підкреслюючи, що тільки на основі вкладу, передачі фінансів і управлінського контролю над інвестиціями буде достатньо, щоб отримати захист, враховуючи велику кількість ресурсів і ризик того, що це тягне за собою для інвестора.

На нашу думку доречно було б внести зміни до існуючих міжнародних інвестиційних угод між Україною та іншими державами, шляхом доповнення визначення «інвестиції» переліком того, що не може бути визнано інвестиціями, а саме: «інвестиціями не виступають грошові вимоги, які виникають виключно з: комерційних контрактів про продаж товару або послуги підприємством на території будь-якої Сторони підприємству на території іншої Сторони, або надання кредиту, в тому числі банківських кредитів, у зв'язку з комерційними угодами, таких як торгове фінансування».

В останні роки використання суворо визначеного закритого списку захищених активів стало популярним на практиці. Це дає можливість гарантувати те, що широке коло інтересів буде захищеним, але з чітким набором визначальних характеристик дозволяє більш ясно проводити розмежування між закритими та відкритими активами та операціями.

Застосування підходу «закритого списку» ілюструється визначенням інвестицій, в Канадському модельному ДІД 2004 року [56], відмінність від широкого підходу полягає в тому, що договір не містить концептуальну вступну для визначення інвестицій («всі види активів ...»), а містить великий, але кінцевий перелік матеріальних і нематеріальних активів, які повинні бути охоплені договором, а також деякі чіткі виключення деяких чисто комерційних угод, у тому числі договорів купівлі-продажу і чистих угод фінансової позики, які не передбачають ризик капіталу.

Додатковою вимогою є те, що тільки інвестиціям, зробленим згідно з законодавством приймаючої країни може бути надано захист. Таким чином, інвестиції, які не дотримуються законодавства приймаючої країни втрачать захист, так як вони не підпадають під захист інвестицій через їх незаконність.

Також можна включати об'єктивні критерії для визначення інвестицій, на які буде поширюватися дія угоди, на основі вкладу капіталу, інвестиційних ризиків, тривалості внеску в розвиток. Нарешті, необхідність врахування проблеми, створеної обігом захисту прав інтелектуальної власності (ПІВ) як інвестицій. Захист прав інтелектуальної власності, які не захищені відповідно до внутрішнього законодавства держави, може призвести до надмірних обмежень свободи дій регулюючих органів у боротьбі за захист таких прав в контексті необхідності передачі технологій та навичок в рамках політики розвитку. Відповідно, більш цілеспрямований і обмежений захист може знадобитися через більш конкретне визначення охорони інтелектуальної власності.

Конвенція «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» в статті 25 (1) не містить визначення поняття «інвестиції», а тільки встановлює свою юрисдикцію:

«До компетенції Центру належить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про який повідомлено Договірною державою Центру) та особою іншої Договірної держави, при умові наявності письмової згоди учасників спору про передачу такого спору для вирішення Центру. Сторони, що досягли такої згоди не вправі відмовитися від неї в односторонньому порядку». [15]

У пункті 27 Доповіді Ради директорів Світового банку щодо Конвенції наголошується, що ніякої спроби не було зроблено, щоб визначити термін «інвестиція», оскільки існує важлива вимога наявності згоди сторін, і механізм, через який договірні держави зможуть передбачити заздалегідь відомі, якщо вони того побажають, категорії спорів, які вони хотіли б або не хотіли б передавати на розгляд Центру (стаття 25 (4) Конвенції).

Для того щоб визнати юрисдикцію згідно з Конвенцією МЦВІС, арбітражі повинні розглянути питання про те, чи існують «інвестиції» відповідно до статті 25 (1) Конвенції, а також в рамках відповідного інвестиційного договору.

У своїх рішеннях арбітраж зазвичай надає широке тлумачення даного терміну. Підхід, прийнятий в Конвенції дає сторонам МЦВІС арбітражу широкі повноваження описати конкретну угоду як інвестиційну. Але сторони не мають необмежену свободу у визначенні того, що являє собою інвестиції. Якщо визначення інвестицій не є переконливим для суду, який приймає рішення в його компетенції, то відповідно до статті 41 Конвенції, Суд може розглядати за своєю власною ініціативою, чи дотримані вимоги юрисдикції. У зв'язку з цим МЦВІС у справі *Joy Mining v. Египт* вказав на те, «що у випадку того, якщо надане сторонами визначення «інвестицій» у контракті або договорі не задовольняє об'єктивні вимоги статті 25 Конвенції то воно не може бути застосованим. В іншому випадку стаття 25, і залежність від концепції інвестицій, буде перетворена в безглузде положення» [174].

У 1985 році Генеральний секретар МЦВІС відмовився прийняти заяву про арбітраж спору пов'язаного з продажем товарів, на підставі того, що така операція не може розглядатися в якості інвестицій.

Це було зроблено, незважаючи на те, що заява «була подана на основі ДІД (двостороннього інвестиційного договору), який передбачає арбітражне слухання у відповідності до Конвенції щодо спорів, що впливають з інвестицій, які, як це визначено договорі включають в тому числі угоди з продажу товарів» [157].

У справі *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco* (Case No. ARB/00/4) [175], в ході арбітражного слухання, МЦВІС вказав на відсутність визначення інвестиції в Вашингтонській конвенції і виділив такі її ознаки, як: а) вкладення капіталу; б) визначений період виконання контракту; в) ризиковий характер угоди; г) внесок в економічний розвиток приймаючої держави. Вимога встановлена в справі *Salini*, відносно «внеску» в економічний розвиток приймаючої держави вважається спірною.

В іншій справі *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* наголошується, що термін «інвестиція» було навмисно залишено невизначеним, очікуючи, що це визначення може бути предметом угоди між договірними

державами. І враховуючи той факт, що Конвенція не була підготовлена з викладенням точної та об'єктивної дефініції «інвестиції», сумнівним є те, що арбітражні суди, які розглядають індивідуальні спори, повинні ввести таку дефініцію, яка застосовувалася би до всіх справ й у всіх випадках [176].

Трибунал у справі *CSOB v. Slovakia* заявив: «Справа, яка розглядається у Центрі повинна вважатися виникнувшою безпосередньо з інвестицій, навіть якщо вона заснована на угоді, яка, розглядаючись окремо, не кваліфікується як інвестиції відповідно до Конвенції, за умови, що конкретна угода є невід'ємною частиною загального процесу, який може бути кваліфікований як інвестиції» [177]. В даному випадку арбітраж застосував ліберальний підхід до визначення інвестицій. Зазначений підхід може дати більшу гнучкість в захисті інвестицій, оскільки вони набувають більш складні форми. У зв'язку з цим, інвестиції можна розглядати, як системи операцій, деякі з яких можуть бути чисто комерційними контрактами, але які разом формують інвестиційний процес.

1.3 Правове становище іноземного інвестора

Одним із елементів правовідносин іноземного інвестування вважається «іноземний» інвестор, що зумовлює необхідність виявлення цього поняття та властивих ознак даної юридичної категорії. За змістом міжнародного приватного права мають безпосереднє відношення та взаємопов'язані такі поняття як категорії «національність», «місце основної діяльності» та «режим іноземних інвестицій».

Визначення поняття іноземний інвестор передбачено національним та міжнародним законодавством про іноземні інвестиції. Стаття 1 Закону України «Про режим іноземного інвестування» (від 19.03.1996 № 93/96-ВР) [6], дає визначення, що означає – іноземний інвестор, як суб'єкт, що проводять інвестиційну діяльність на території України, а саме: юридичні особи, що створені, відповідно до законодавства іншої країни, на відміну українському;

фізичні особи – іноземці, які не мають постійного місця проживання на території України та не обмежені в дієздатності; іноземні держави, міжнародні урядові та неурядові організації; інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, що визнаються такими відповідно чинному законодавству України.

Іноземними інвесторами виступають фізичні та юридичні особи. Вважаємо за необхідне дослідити таку категорію більш детально й теоретично обґрунтовано.

Фізичні особи – інвестори. За міжнародним приватним правом, традиційно, національність інвестора як фізичної особи визначається національним законодавством держави, громадянином якої вона є. Тим не менш, деякі інвестиційні угоди застосували альтернативні критерії, наприклад, резидентство або місця проживання.

Проте, Конвенцією МЦВІС, визначено громадянство, що передбачає два аспекти: – це дата згоди на арбітраж та дата реєстрації. Конвенція не поширюється на осіб, що мають подвійне громадянство, якщо одне з громадянств є громадянством однієї з Договірних держав. Судова практика щодо громадянства фізичної особи ще й дотепер обмежена чотирма справами, що подано особами з подвійним громадянством. [178]

Розглядаючи норми міжнародного звичаєвого права – право надавати і позбавляти громадянства фізичну особу залишається частиною суверенної галузі держави. В судах виникало питання – чи може держава та в якій мірі відмовити визнавати громадянство позивача. Практика міжнародного права з питань національності дістала свого розвитку в контексті дипломатичного захисту.

У справі *Notterbohm*, ICJ (International Court of Justice) ухвалив, що, хоча держава й може прийняти рішення сама, з точки зору чинного законодавства, постає питання – чи є необхідним надавати громадянство конкретній особі (?), як наслідок – має бути реальний зв'язок між державою та громадянином. Суд зробив наступну заяву: «Національність є юридичним зв'язком із урахуванням соціального фактору прихильності; справжнього існування зв'язку, інтересів і

почуття, поряд із наявністю взаємних прав та обов'язків. Це, так мовити – є юридичний вираз того факту, що особа, якій громадянство надається безпосередньо законом або в результаті акту влади; фактично більш взаємопов'язана з населенням держави, що надає громадянство, ніж з будь-якою іншою державою. Національність тільки надає право державі здійснювати захист щодо іншої держави за умовою наявності юридичного оформлення зв'язків фізичної особи з державою, що надала цій особі громадянство».[178]

Проте, в умовах сучасності було б дуже важко продемонструвати ефективне громадянство з розгляду справи Ноттебома, тобто прихильності людини до держави звертаючись до традицій, інтересів, діяльності або родинні зв'язки.

В доповіді Комісії з міжнародного права, акцентуючи увагу на питанні дипломатичного захисту, визнано обмеження, що представлено Ноттебомським правилом у контексті модернізації економічних відносин: «...необхідно враховувати той факт, що у випадку, якщо вимога реального зв'язку запропонованого Ноттебомом буде чітко застосовуватися, то будуть позбавлені мільйони осіб можливості щодо дипломатичного захисту, виходячи з того, що в сучасному світі економічної глобалізації та міграції людей, які виїхали з держави до громадянства якої належать, постійно перебувають або мешкають в інших державах, громадянство яких вони не отримували злочинним шляхом і не набували за народженням або походженням у державах із якими вони мають не стабільний зв'язок». [135]

Проте, принцип Ноттебом залишається прикладом: – у випадках подвійного або множинного громадянства; – у випадках якщо національність позивача має бути «домінуючою» для прийняття до громадянства.

У випадку подвійного громадянства, Комісія з міжнародного права (ІЛС) пунктом 7 проекту статті з дипломатичного захисту, зазначає: «Держава не може здійснювати дипломатичного захисту щодо громадянства: – у випадку позову особи проти держави, громадянином якої ця особа вважається; – у

випадку якщо громадянство попередньої держави не є домінуючою на час заподіяння шкоди та дати офіційного пред'явлення позову». [48]

Норми звичаєвого міжнародного права передбачають повноваження держави здійснювати дипломатичний захист від імені одного зі своїх громадян щодо позову проти іншої держави, навіть якщо його громадянин також отримав громадянство іншої держави, за умови, що домінуючим і ефективним громадянством особи є громадянство держави, що здійснює дипломатичний захист. У цьому аспекті відбулась еволюція звичаєвого права від попереднього верховенства права невідповідальності, згідно якому дипломатичний захист за таких умов не може здійснюватися.

Аналіз практики міжнародних договорів, свідчить про те, що деякі двосторонні інвестиційні договори (ДІД) за змістом мають однакове визначення щодо «національності», що має відношення до обох сторін. Інші ДІД пропонують два визначення: – перше відноситься до однієї Договірної Сторони; – друге відноситься до іншої Договірної Сторони. Наприклад, договір між Фінляндією та Єгиптом передбачає термін «національна особа», що означає:

а) щодо Фінляндії: – людина, яка є громадянином Фінляндії відповідно Фінському закону;

б) щодо Єгипту: – людина, яка є громадянином Єгипту відповідно Закону Єгипту. [51]

Договір між США та Уругваєм визначає поняття «національність» як:

а) для Сполучених Штатів Америки, фізична особа, яка є громадянином США, як це зазначено в Розділі III Закону про імміграцію та громадянство;

б) для Уругваю, фізична особа, яка має громадянство Уругваю, відповідно до законів Уругваю. [65]

Деякі інвестиційні договори роблять посилання, що виходять за межі національності. Наприклад, договір між Німеччиною та Ізраїлем за п.(1) (3) (б), що передбачає по відношенню до Ізраїлю, термін «національність» означає: – «Ізраїльські піддані, що є постійними резидентами Держави Ізраїль». [53]

Критерій постійного проживання іноді використовується як альтернатива громадянства або національності. Наприклад, в угоді між Канадою та Аргентиною термін інвестор визначається, як (а) «будь-яка фізична особа, яка має громадянство або постійне місце проживання на території Договірної Сторони на підставі своїх законів». [46]

Фізичні особи, на яких поширюється Енергетична Хартія, яка аналогічно посилається на внутрішні закони кожної держави, що визначають громадянство або національність і також поширюється на постійних жителів – «Інвестор» означає, що «(а) щодо Договірної Сторони: (b) фізичну особу, яка має громадянство або підданство цієї Договірної Сторони або особу, що постійно проживає в ній на підставі законодавства на підставі законодавства, яке було застосовано до цієї особи» [30].

Проте, національність визначається за фізичною особою, яка є громадянином або постійним жителем однієї зі Сторін», як це передбачено ст. 201 Північноамериканської угоди про вільну торгівлю (НАФТА) [31, ст.201].

Слід зазначити, що до компетенції Центру належить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, що пов'язані з інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про що повідомлено Договірною державою Центру) та особою іншої Договірної держави, за умовою наявності письмової згоди учасників спору про передачу такого спору для вирішення Центру. (Ст. 25 (1) Конвенції МЦВІС). Сторони, що досягли такої згоди не вправі відмовитися від неї в односторонньому порядку (2). Особами Договірної держави Конвенцією зазначено: а) будь-яку фізичну особу, яка є громадянином Договірної держави, на відміну від Держави, що виступає в якості сторони в спорі, або до дня досягнення згоди сторонами про передачу спору для вирішення шляхом примирення чи арбітражу, або до дня реєстрації заяви у відповідності з пунктом (3) статті 28 або пунктом (3) статті 36, однак не є такою особою, яка будь-коли була громадянином Договірної держави, що виступає в якості сторони в такому спорі. [15]

При бажанні отримати допомогу за Конвенцією МЦВІС встановлюється, наявність громадянства Договірної держави двома різними датами: – дата, коли сторони погодилися на юрисдикцію МЦВІС; – дата реєстрації заяви про арбітраж. Розширення договірних прав сторін до постійних жителів не може поширюватися на юрисдикцію МЦВІС за межі громадян Договірних держав Конвенції МЦВІС. Що ж стосується подвійного громадянства то Конвенція виключає подвійне громадянство, якщо один із громадян є з приймаючої держави.

Практика інвестиційних договорів за Конвенцією МЦВІС із приводу громадянства фізичних осіб обмежена чотирма справами, що подали особи з подвійним громадянством. Наприклад, справа Eudora A. Olguin проти Республіки Парагвай. Громадянин Olguin, маючий подвійне громадянство Перу та Сполучених Штатів Америки, подав позов проти Республіки Парагвай відповідно до двосторонньої інвестиційної угоди між Парагваєм та Перу, для відшкодування шкоди, нібито отриманої від парагвайських властей, у зв'язку з його інвестиціями до компанії з виробництва та розподілення продуктів харчування в Парагваї. Арбітражний суд відхилив заперечення Парагваю на юрисдикцію на підставі подвійного громадянства заявника, посилаючись на той факт, що Перуанське громадянство Olguin було ефективним, й було визнано достатнім для застосування Конвенції МЦВІС і ДІУ. [179]

У справі Soufraki проти Об'єднаних Арабських Еміратів (ОАЕ), позов було пов'язано з поступкою порту в Дубаї. Під час виникнення суперечки, пан Soufraki, з подвійним громадянством Італії та Канади, посилаючись на МІУ між Італією та ОАЕ, подав позов, що мав підставу щодо його італійського громадянства. Трибуналом досліджено позов як сторони італійського громадянства та виявив, що він втратив його, відколи ним було набуто канадське громадянство. Судом вирішено, що він не має права пред'являти позов у межах Італія – ОАЕ МІУ, як громадянин Італії. [180]

У справі Champion Trading v. Egypt, громадян США, було виявлено такими, що мають єгипетське громадянство; було позбавлено права подати

позов проти Єгипту (на підставі МІУ Америка – Єгипет) через правила, що визначені ст.25 (2), де зазначено – за винятком громадян, які мають громадянство Договірної держави, що є стороною у спорі.[181]

У справі *Siag and v. Egypt, Mr. Siag та його мати Ms. Vecchi*, колишні громадяни Єгипту, подали заяву, спираючись на МІУ Італія – Єгипет як італійські громадяни.

Оскільки Конвенція МЦВІС не дозволяє особам ініціювати арбітражний розгляд проти власної держави, суд розглянув об'єктивно єгипетський закон для того, щоб визначити: – чи втратили особи-позивачі єгипетське громадянство. Хоча всі три арбітри вирішили, що пані Vecchi втратила єгипетське громадянство, на дату позову вона знову придбала своє італійське громадянство, один із членів Трибуналу, окремою думкою не погодився, як це було у випадку з паном Waguīh Siag. Два з трьох арбітрів постановили, що пан Waguīh Siag втратив єгипетське громадянство в силу того, що він не вчинив жодних дій, щоб зберегти його. [182]

Щодо фізичних осіб, то на думку автора важливим є вирішити питання про подвійне громадянство. Інвестиційний договір може вимагати застосування відповідних /домінуючих критерій громадянства, де інвестор має два громадянства з рівнозначним ефектом.

Юридичні особи – інвестори. Визначення кола осіб, які визнаються іноземними інвесторами, має важливе значення для правозастосовної практики регулювання іноземних інвестицій. По – перше, від цього залежить надання відповідних прав і пільг на підставі національного законодавства та міжнародних договорів. По – друге, правовий статус іноземного інвестора має значення при реєстрації, допуску до заняття підприємницькою діяльністю. Необхідно зауважити, що на сьогодні в міжнародній практиці немає єдиного підходу щодо визначення державної приналежності юридичної особи, дана обставина ускладнює надання дипломатичного захисту.

Лунц Л. А. під поняттям «іноземна юридична» особа визначає підприємства, організації, установи, що створені відповідно до законодавства

певної держави. Зазначаючи, що з практичної точки зору в багатьох випадках виникає необхідність визначити, якій саме державі належить та чи інша юридична особа, національність. Під національністю юридичної особи розуміють як особистий закон (особистий статут), так і державну належність юридичної особи. [105, с. 364-393]

У правозастосовній практиці виникають випадки, коли визначити національність юридичної особи досить важко, особливо в тих випадках, коли ця особа інкорпорована в одній державі, має своє місцезнаходження в іншій, а основну діяльність виконує в третій країні та її акціонерами є юридичні та фізичні особи різних країн.

У міжнародному праві під категорією «національність» юридичної особи розуміється приналежність юридичної особи відповідній державі, до права якої необхідно звертатися для визначення правосуб'єктності юридичної особи. Існує декілька теорій визначення національної належності юридичної особи до тієї чи іншої держави. Теорія інкорпорації передбачає, що юридична особа має найбільший правовий зв'язок з тією державою, де вона створена чи зареєстрована в державному реєстрі юридичних осіб. Теорія місцезнаходження керуючого органу виходить з визначення формально-правового зв'язку між юридичною особою та тією чи іншою державою місцезнаходження керуючого органу юридичної особи. Згідно теорії центру основної діяльності основним критерієм визначення державної приналежності юридичної особи є місцезнаходження центру її господарської діяльності. Теорія власності та контролю встановлює державну приналежність юридичної особи на основі громадянства її учасників.

Міжнародні інвестиційні угоди використовують так звані «тести» як критерії для визначення національності юридичних осіб, а саме: а) місце конституції (створення) відповідно до чинного законодавства в країні; б) місце інкорпорації або де зареєстровано офіс; в) країна місцезнаходження керуючого органу (адміністрації); г) рідше, країна контролю.

Більшість інвестиційних угод використовує комбінацію з тестів для визначення національності юридичних осіб. Так компанія повинна задовольняти два або більше з них для того, щоб бути покритою дією інвестиційної угоди.

Найбільш поширеним підходом є комбінація тесту інкорпорації та місцезнаходження, також поєднання тесту інкорпорації та контролю, випадки застосування всіх трьох тестів також зустрічаються. Заслуговує на увагу аналіз використання вищезазначених тестів на правозастосовній практиці міжнародних інвестиційних угод.

Одним із поширених критеріїв є тест – місце конституції відповідно до закону. Для того щоб визначити національність юридичної особи, деякі двосторонні інвестиційні договори адаптували випробування місцем конституції відповідно до закону, до права, що є чинним у країні. Застосовуючи таким чином, щоб договірні сторони просто зробили посилання на положення національного законодавства кожної з договірних сторін з метою створення юридичних осіб, що мають право на захист. Юридична особа, створена відповідно до законодавства договірної сторони буде розглядатися як інвестор цієї країни. Оскільки держави вільні у виборі критеріїв для надання національності для юридичних осіб, таких критеріїв – як інкорпорації, місця знаходження або управління тощо – можуть відрізнитися у відповідності з конкретними положеннями чинного законодавства кожної з Договірних Сторін.

Греція часто укладає інвестиційні договори за цією схемою для того, щоб юридичні особи визначалися як інвестори за інвестиційними договорами. Так, стаття 1 міжнародної інвестиційної угоди, укладеної між Грецією та Кубою визначає в якості інвесторів: «щодо будь-якої Договірної сторони юридичні особи утворені відповідно до законів цієї Договірної сторони». [55] Міжнародна інвестиційна угода укладена між Америкою та Уругваєм, наприклад передбачає що: «Підприємством Договірної Сторони є підприємство, що утворене або організоване відповідно до закону Сторони та філії й розташовані на території Сторони та виконують там підприємницьку

діяльність». [56] Зазначена угода була укладена на підставі модельної МІУ США, в якій під «підприємством» визначається «будь-яка особа, заснована або організована відповідно до чинного законодавства, яка може бути створена не задля отримання прибутку – знаходитися як у приватній, так і в урядовій власності або підконтрольній, включаючи корпорації, трасти, партнерства, товариства, спільні підприємства, асоціації, або подібні організації; та філія підприємства». [56]

Схоже визначення дає і Багатостороння угода з інвестицій (МАІ).

Договір до Енергетичної Хартії в статті 1 пункті (7) (a) (b) під поняттям інвестор визначає, щодо Договірної Сторони компанію чи іншу організацію, засновану відповідно до законодавства, застосовного у цій Договірній Стороні. Дане розгорнуте визначення кваліфіковане за п.1 ст. 17 цього ж договору: – кожна Договірна Сторона залишає за собою право відмовляти у перевагах юридичній особі, якщо така юридична особа належить або контролюється громадянами чи підданими третьої держави і якщо ця юридична особа не провадить істотної ділової діяльності на території тієї Договірної Сторони, де вона організована. [30]

В інших угодах місце конституції відповідно до закону часто знаходиться в поєднанні з тестом інкорпорації. Завдяки своїй потенційній відкритості для договорів «купівлі», може супроводжуватися положенням «відмова у пільгах», яке дозволяє відповідній державі-учасниці відмовляти компанії в захисті за договором, за обставини, якщо вона контролюється громадянами з держави, що не є учасником договору. Велика Британія є однією з країн, яка, в більшості своїх двосторонніх інвестиційних угод, використовує місце інкорпорації та конституції як єдиного тесту.

Міжнародний інвестиційний договір між Великою Британією та Сальвадором [57] наприклад, визначає інвестора як: 1) щодо Сполученого Королівства – корпорації, фірми та асоціації зареєстровані або утворені відповідно до законодавства, що є чинним у будь-якій частині Великої Британії або на будь-якій території, на яку поширюється ця Угода.

Як аргумент, існує дві справи, що пов'язані з економічною реальністю коли трибуналам не вдалося запобігти застосування тесту, який договірні сторони погодили і включили в свої договори.

У справі *Tokios Tokelés v.Ukraine* [183], трибунал визнав, що компанія, зареєстрована в Литві має право пред'явити претензію проти України під МІУ Литва – Україна, хоча вона підконтрольна на 99 відсотків акціонерам, які є громадянами України. *Токуо's Tokelés* компанія позивач, отримала кваліфікацію литовського інвестора під МІУ Литва – Україна, який визначив корпоративну національність шляхом інкорпорації: «Відповідно до звичайного значення умов Договору, позивачем є «Інвестор» Литви, якщо це питання реального легального існування, яке було засноване на безпечній підставі на території Литви відповідно до її законів і правил. Договір не містить додаткові вимоги до особи, щоб кваліфікувати її в якості «інвестора» Литви». [184]

Тим не менш Україна стверджувала, що суд має відмовити в юрисдикції на підставі того, що українські власники включені в компанію Литви з єдиною метою використання права захисту під МІУ Литва – Україна. Хоча Трибунал визнав, що ряд інвестиційних угод передбачають відмову пільг підприємствам, контрольованих громадянами приймаючої держави, він зазначив, що МІУ Україна – Литва не зробив цього, – це не в повноваженнях трибуналу накладати обмеження на обсяг МІУ. У даному випадку більшість арбітражу вирішило, що межі суб'єктивної (та предметної) юрисдикції Центру з вирішення міжнародних інвестиційних спорів визначається межами (об'ємом та змістом) згоди сторін спору, а саме міжнародної інвестиційної угоди між Україною та Литвою.

У справі *Saluka* проти Чеської республіки, арбітражний суд прийшов до аналогічних висновків з приводу дійсності за місцем реєстрації. Арбітраж виник із приводу реорганізації та приватизації Чеської банківської системи. *Saluka Investments BV*, голландська компанія, яка придбала акції Чеського національного банку ІРВ заявила про порушення ст. 5 (позбавлення інвестицій) і ст. 3 (справедливий і рівноправний режим) за МІУ між

Нідерландами та Чехією. Згідно Чеській Республіці, справжнім інвестором не був Saluka, а зареєстрована англійцями компанія, Nomura Європа (філія японського Інвестиційного банку). Вона заявила, що Saluka був лише компанією оболонкою без реального економічного інтересу в акціях IPB і тому вона не змогла відповідати визначенню інвестора за МІУ, тому в якості агента для материнської корпорації Nomura не могла отримати вигоду з МІУ. Суд відхилив ці доводи і вирішив на підставі мови договору, яка визначила інвестора як «юридичну особу, засновану відповідно до законодавства однієї з Договірних Сторін». Суд розглянув недоліки формального тесту, зокрема ризик «договору купівлі», але поважав вибір договірних сторін з приводу визначення інвестора. [185]

До переваг використання тесту інкорпорації можна віднести простоту його практичного застосування, яка виявляється в незмінності державної приналежності юридичної особи. Разом із тим, даний критерій може дозволити компанії користуватися правами, передбаченими інвестиційними угодами, відповідно до яких компанія зареєстрована, навіть якщо не один із учасників не є громадянином даної держави, а компанія не здійснює діяльності на її території. Досліджуючи дану ситуацію необхідно зауважити, що вона суперечить інтересам держави-інвестора, яка з однієї сторони зобов'язана надати захист та привілеї за інвестиційним договором, а з іншої сторони не отримати економічної вигоди. Держава, яка приймає інвестиції також може бути не зацікавленою у використанні даного тесту, оскільки його застосування розповсюджує дію привілеїв, передбачених інвестиційною угодою між державами, також на осіб, які створили компанію в одній з договірних держав, але не мають національності жодної з них.

Тест «Місцезнаходження компанії». Можливо з метою запобігання «купівлі договору» шляхом придбання або створення компанії з оболонкою, для застосування юрисдикції МІУ, деякі держави вимагають для кваліфікації в якості інвестора, щоб юридична особа була утворена або включена не тільки до приймаючої країни, але й мала там своє місце розташування та/чи місце

ефективного управління. Термін «оболонка» використовується стосовно компанії, яка офіційно зареєстрована, інкорпорована чи іншим юридичним чином організована в будь-якій країні, але не проводить ніякої діяльності в цій країні, за винятком тієї, яка пов'язана з її «пропускними» можливостями. Обґрунтування відрізняється відносно міжнародних інвестиційних угод країн-членів ЄС. Такі МІУ розширюють свої пільги для компаній, які передають своє місце іншій державі-члену, не відмовляючись від первісної форми реєстрації. Прикладом договору з використанням тесту місцезнаходження компанії в якості основи для визначення національності є МІУ між Німеччиною та Китаєм. Так, у визначенні інвестора відносно Федеративної Республіки Німеччина зазначається, що будь-яка юридична особа, комерційна або інша компанія, асоціація з або без утворення юридичної особи, яка має своє місцезнаходження на території Федеративної Республіки Німеччини....[54].

Інші міжнародні інвестиційні угоди роблять місцезнаходження інвестора або «головного офісу» однією з необхідних умов. Так, МІУ між Францією та Сінгапуром в пункті 1(3) (а) під юридичною особою Франції, визнаються всі юридичні особи, що створені у Франції відповідно до французького законодавства і мають зареєстрований офіс у Франції.[50] МІУ між Італією та Лівією в статті 1 (3) також відносить до юридичних осіб організовані відповідно до законодавства Договірної держави й такі, що мають на цій території головний офіс чи головний штаб. [50]

Угода між урядом Сполученого Королівства Великої Британії, Північної Ірландії та Республіки Філіппіни з метою заохочення й захисту інвестицій 1981 року, у статті 1 (4) передбачає, що компанія Договірної Сторони має бути зареєстрованою або утворена і фактично вести бізнес відповідно до законодавства, чинного на будь-якій частині території цієї Договірної Сторони, де розташоване місце ефективного управління.[66]

Угода між урядами Бруней-Даруссалам, Республіка Індонезія, Малайзія, Республіка Філіппіни, Республіки Сінгапур та Королівства Таїланд із заохочення та захисту інвестицій укладена у Манілі, 15 грудня 1987 (ASEAN

Agreement for the Promotion and Protection of Investments), також використовує комбінацію тестів місця конституції або об'єднання і місця знаходження компанії. Вона передбачає, що термін «компанія» Договірної сторони означає корпорації, товариства або інші бізнес – асоціації, зареєстровані або утворені відповідно до чинного законодавства на території будь-якої Договірної Сторони, знаходиться в місці ефективного управління ". [47]

Міжнародна інвестиційна угода укладена між Бельгією, Люксембургом та Хорватією у статті 2 (b) передбачає, що інвестором стосовно будь-якої з Договірних Сторін визнається юридична особа зареєстрована, законно заснована чи іншим чином організована відповідно до законів і правил однієї Договірної Сторони, яка має своє місце знаходження та здійснення комерційної діяльності на території тієї ж Договірної стороною і яка здійснює інвестиційну діяльність на території іншої Договірної Сторони. [45]

Критерій місцезнаходження компанії або її головного офісу має свої переваги, в цьому випадку, йдеться про створення більш тісного зв'язку між компанією та державою. Відбувається зниження ризику створення компанії «поштової скриньки». Тим не менш, існує негативна сторона, процедура перенесення головного офісу компанії до іншої держави доволі не є складною. Тому даний тест рідко використовується як єдиний критерій.

Тест контролю. Насправді не є легким завданням визначити поняття контролю та його критерій. Звернувшись до 4-го видання Еталонного визначення ОЕСР (Організації економічної співпраці та розвитку) для іноземних прямих інвестицій, там використовується відсоток володіння або право голосу в компанії в якості міри контролю й становить кількісний підхід. [274]. Для класифікації підприємств всередині країни на підставі наявності або відсутності ефективного іноземного контролю, рекомендується для використання критерію, чи більшість звичайних акцій або голосів (більше 50 % від капіталу) належить одному іноземному інвестору або групі, що пов'язані з іноземними інвесторами, які діють спільно, наприклад, членів однієї сім'ї або

підприємств та їх філій. Застосування цього критерію дозволяє уникнути використання суб'єктивних понять.

Арбітраж на основі NAFTA відповідно до арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ між Thunderbird Gaming Corporation та Мексикою у п. 108 свого рішення визначив свою інтерпретацію того, що може означати контроль, що це є досить поширеним у міжнародному корпоративному світі для управління бізнес-діяльністю, не маючи більшості прав голосу в зборах акціонерів. Контроль може бути досягнуто шляхом влади ефективно вирішувати та здійснювати ключові рішення бізнес-діяльності підприємства і, за певних обставин, контроль може бути досягнутий шляхом існування одного або декількох факторів, таких як технології, доступ до поставок, доступ на ринки, доступ до капіталу, ноу-хау, і авторитетна репутація. Власність і юридичний контроль може гарантувати, що власник або юридично контролююча сторона має кінцеве право визначати ключові рішення. Однак, якщо на практиці людина очікує отримати економічну віддачу від своїх зусиль і в кінцевому рахунку може бути відповідальна за неналежність рішень, можна собі уявити існування справжнього зв'язку, що здійснює контроль над підприємством цієї людини».

[265]

Конвенція про створення Багатостороннього агентства з гарантування інвестицій (БАГІ) 1988 року (Україна стала членом БАГІ з 1992 року), поєднує тест місця реєстрації з тестом місцезнаходження компанії, але й дозволяє використовувати місце власності або контролю в якості альтернативи. Стаття 13 п. а) передбачає, що інвестори фізичні та юридичні особи можуть мати право на отримання гарантій Агентства за умовою, що б) така юридична особа сформована її основні установи розташовані на території країни-члена або більша частина її капіталу належить країні – члену, або країнам – членам, або їх громадянам за умовою, що такий член не є приймаючою країною в будь-якому з вищенаведених випадків. [16]

Тест контролю за частую поєднується з іншими формальними критеріями, такими як інкорпорація та місцезнаходження, щоб виправдати охоплення

інвестора за договором. Так, стаття 1 V5(d) міжнародної інвестиційної угоди укладеної між Швецією та Індією поєднує комбінацію тестів інкорпорації, власності та контролю.

Компанією є будь-які корпорації, товариства та асоціації зареєстровані або утворені відповідно до законодавства, чинного на території однієї з Договірних Сторін, або в третій країні, якщо принаймні 51 відсоток від частини участі належить інвесторам цієї Договірної Сторони, або в якій інвестори цієї Договірної сторони мають контроль не менше 51 відсотка акцій з правом голосу». [43] Схоже визначення містить МІУ між Бельгією/Люксембургом та Філіппінами у статті 1 п.в дає визначення «інвестору» – компанією щодо обох Договірних Сторін є юридична особа, що утворена на території однієї з договірних сторін відповідно до законодавства цієї Сторони, що має головний офіс на території цієї Сторони, або знаходиться під контролем, прямо або опосередковано громадян однієї Договірної Сторони, або юридичними особами, що мають головний офіс на території однієї з Договірних Сторін, та утворених відповідно до законодавства цієї Сторони». [42]

При застосуванні критерію контролю, визначається громадянство осіб, які контролюють компанію, тобто, основних акціонерів. Такий підхід відкриває «корпоративну завісу» компанії. Перевагою є розкриття «справжнього» громадянства капіталу компанії. Водночас існує кілька негативних аспектів критерію контролю. По – перше: такий контроль не легко встановити. Іноді досить важко визначити реальних акціонерів товариства, якщо є довгий ланцюжок посередників-інвесторів. По-друге, зміна контролю означає зміну національності, особливо для компаній, що котуються на фондових ринках, які можуть проходити через контроль численних акціонерів протягом відносно короткого часу. Тому є більш доцільним використовувати даний тест у поєднанні з іншими критеріями.

У міжнародній практиці існує «відмова у пільгах». Як інвестори намагаються будувати юридичну структуру на свою користь, так і держави можуть прагнути заздальгідь, уникнення претензій з боку деяких осіб, до яких

вони не мають наміру пропонувати захист за договором. У деяких договорах містяться заперечення пункту пільг, за якими держава-учасниця Договору має право відмовити в захисті за договором інвесторам включених в одній з держав-учасників цього договору, але під контролем інвесторів третіх країн, які не є учасниками договору або коли вони не мають ніякої істотної діяльності в країні – реєстрації. Це положення дає приймаючій державі повноваження ефективно відокремити з визначення «інвестор» підставні компанії, що знаходяться у власності громадян третьої країни або приймаючої держави та компанії, що належать певним іноземним громадянам із третіх країн.

Як приклад, положення «відмова у пільгах» передбачене статтею 1113(2) Північноамериканської угоди про вільну торгівлю (NAFTA) та ст.17 Моделі двостороннього інвестиційного договору США. [31]

I. Сторона може відмовити в пільгах передбаченим Договором інвесторам іншої Сторони, підприємствам такої іншої сторони та інвестиціям такого інвестора, якщо особа яка не є договірною стороною виступає власником або контролює підприємство.

II. Сторона може відмовити в перевагах за Договором інвесторам іншої Сторони, підприємствам такої іншої сторони та інвестиціям цього інвестора, якщо підприємство не має значної комерційної діяльності на території іншої Сторони та особам, що не виступають стороною договору ...» [31].

Аналогічне визначення міститься у частині III Статті 17 Договору до Енергетичної Хартії де зазначено, що кожна Договірна Сторона залишає за собою право відмовляти у перевагах передбачених у цій Частині: – (1) юридичній особі, якщо така юридична особа належить або контролюється громадянами чи підданими третьої держави, і, якщо ця юридична особа не провадить істотної ділової діяльності на території тієї Договірної Сторони, де вона утворена; або (2) капіталовкладенню, якщо Договірна Сторона, яка відмовляє, встановить, що таке капіталовкладення вважається капіталовкладенням інвестора третьої держави, з якою або по відношенню до якої Договірна Сторона, яка відмовляє: – (а) не підтримує дипломатичних

відносин; або – (b) вживає або зберігає заходи, які – (c) забороняють правочини з інвесторами цієї держави; або – (d) були б порушені чи обійдені, якщо б переваги, передбачені у цій Частині, були надані інвесторам цієї держави чи їхнім капіталовкладенням». [30]

Різноманітні критерії використовуються в міжнародних інвестиційних угодах для визначення національності юридичної особи. Це місце реєстрації, місцезнаходження компанії, основне місце діяльності – і громадянства власності або контролю. Кожен із цих різних критеріїв має свої переваги і недоліки.

На підставі аналізу арбітражних рішень, прийнятих на тему договору «купівлі», суди здійснили широке тлумачення визначення інвесторів в міжнародних інвестиційних угодах. Отже, за винятком окремих випадків порушення, існування повної та автоматичної відмови в пункті пільг, вони відмовилися відкривати корпоративну завісу, щоб побачити, чи має кінцевий інвестор фактично національність приймаючої держави.

Отже, бажано, щоб держави приділяли більш пильну увагу з самого початку до визначення охоронюваних інвесторів в їх МІУ. З метою не допуску до міжнародного арбітражу для «випадкових» інвесторів. Для цього є кілька варіантів із точки зору найкращої практики та інтерпретацій трибуналів.

З приводу юридичних осіб, деякі зміни в підготовці положень можуть виробити значну дію на певні рамки захисту інвестора:

- не посилатися для визначення громадянства компанії до законодавства кожної з договірних сторін, а обирати єдиний критерій, який буде ставитися до обох договірних сторін у договорі;

- використовувати принаймні два комбіновані критерії громадянства для компаній, які будуть застосовуватися в сукупності;

- визначити критерій контролю, наприклад, встановлення рівня участі, необхідного для того, щоб мати контроль або суттєвий вплив, в компанії або, у випадку, коли громадянство кінцевого інвестора в складному інвестиційному ланцюзі має значення.

1.4 Джерела регулювання інвестиційних відносин

Еволюція правового регулювання інвестиційних угод.

Поява інвестиційних договорів виникла після підписання (1959 р.) договору між Німеччиною і Пакистаном [62]. Дана угода представляє злиття двох великих геополітичних побоювань в західних державах за умов розширення радянського комунізму. Основною передумовою була наявність подвійної «загрози» до приватного капіталу. Швейцарія послідувала за Німеччиною та підписали угоду з Філіппінами в тому ж році. Інші європейські країни, такі як Бельгія, Франція, Велика Британія, Італія та Нідерланди продовжили таку тенденцію протягом 1960-х і 1970-х років ХХ століття. Сполучені Штати Америки розпочали свою програму МІУ лише в 1981 році, але з того часу ними було підписано 47 ДІД, а також 20 угод про вільну торгівлю, що містять глави, які працюють як ДІД. Наприклад, глава 11 Угоди про Північноамериканську зону вільної торгівлі. [31]

Двостороння угода про заохочення та взаємний захист інвестицій є результатом міжнародної політики економічно розвинених країн, спрямованої на сприяння розширенню інвестицій в інші країни, і в той же час підвищення безпеки інвестицій. Угоди про взаємний захист інвестицій, носять загальний характер і формують суспільно-правові основи для інвестиційних відносин.

Станом на початок 1990-х, приблизно 500 ДІД було укладено. Але мало людей розуміли їх актуальність. Внаслідок цього перший позов було подано лише в 1987 році, Asian Agricultural Products Limited проти Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case № ARB.87.3. [171].

До кінця тисячоліття, більше 2000 ДІД було укладено, але навіть після цього лише невелика кількість суперечок стали публічно відомими. На даний момент ситуація абсолютно змінилась.

Для розуміння природи такого правового явища, як інвестиційна угода, необхідно звернутися до розгляду чинників, які його спонукали.

По – перше, основні глобальні економічні інститути, такі як організація економічного співробітництва й розвитку (ОЕСР) і Конференція ООН із торгівлі та розвитку ЮНКТАД почали спонукати країни до надання додаткового захисту іноземним інвесторам обумовлюючи це тим, що укладення таких угод має стимулювати збільшення прямих іноземних інвестицій, зокрема це стосується країн, що розвиваються.

Другий чинник, знову ж таки, походить від деяких міжурядових організацій і фінансових установ, та пов'язується з страхуванням приватних інвестицій в країні що розвивається за наявності інвестиційного договору, щоб покрити ці інвестиції. Наприклад, Міжнародна фінансова корпорація (ІФС, інвестиційний підрозділ Світового банку) бачить інвестиційні договори в якості важливого інструменту управління в цьому відношенні, хоча не завжди вимагає, щоб він був укладений. Агентство з страхування ризиків уряду Німеччини навпаки вимагає наявності інвестиційного договору.

Третім фактором поширення інвестиційних договорів є загальне зростання прямих іноземних інвестицій, що відбулося у взаємодії з іншими елементами глобалізації. Вільна торгівля, інтегровані виробничі процеси, спеціальні експортні зони, та інші чинники стимулювали збільшення обсягу прямих іноземних інвестицій, що в свою чергу спонукало експорт капіталу між державами та переслідувало підписання нових угод для захисту цих інвестицій.

Природа інвестиційних угод. Міжнародною інвестиційною угодою (International Investment Agreement) є договір між країнами, в якому розглядаються питання, що мають відношення до транскордонних інвестицій, як правило, з метою захисту, заохочення та лібералізації таких інвестицій. Країни які уклали МІУ зобов'язуються дотримуватися певних стандартів, що стосуються поводження з іноземними інвестиціями в межах своєї території. МІУ передбачають визначення процедури для вирішення спорів у випадку не виконання зобов'язань.

На сьогодні вони існують в трьох основних формах:

– двосторонні інвестиційні договори (ДІД), підписані двома державами;

– регіональні інвестиційні договори, підписані групами держав в рамках одного регіону;

– багатосторонні інвестиційні угоди. Конвенції та глави інтегрованих торговельних та інвестиційних угод, які можуть бути підписані на двосторонньому або регіональному рівні.

МІУ сьогодні слідує досить стандартній техніці написання. Основна увага приділяється наданню іноземним інвесторам прав і юридичних засобів для захисту інвестицій в «приймаючій державі». Права інвесторів зазвичай включають вимоги щодо національного режиму – режиму найбільшого сприяння, щодо справедливості й рівноправності та заборони експропріації без компенсації.

Вимога національного режиму для іноземних інвесторів у порівнянні з вітчизняними інвесторами приймаючої держави, зазвичай означає, режим не меншого сприяння, ніж отримає вітчизняний інвестор.

Вимога найбільшого сприяння іноземним інвесторам, передбачає що інвестор із країни, покритої договором отримує більший захист ніж інші інвестори в приймаючій державі.

Справедливий і рівноправний режим, також відомий як «мінімальні міжнародні стандарти захисту», потрібний від приймаючої держави, є вихідний рівень захисту, який повинен забезпечити уряд приймаючої країни для іноземних інвесторів.

Положення про заборону експропріації без компенсації ґрунтується на розумінні заборони як зобов'язанні кожної з країн не експропріювати іноземні інвестиції чи не приймати інші заходи, що мають аналогічні наслідки, за винятком випадків, коли такі заходи вживаються в суспільних інтересах, в установленому законодавством порядку кожної країни і в установленому принципами міжнародного права порядку, не є дискримінаційним і супроводжуються виплатою швидкої, адекватної та ефективною компенсації.

Наявність страхових гарантій від збитків, що спричинені прямими або опосередкованими актами експропріації й ведуть до скорочення або обмеження

прав власності та контролю на застраховані інвестиції (націоналізація, конфіскація тощо).

Крім того, ряд інвестиційних та торговельних угод містять положення, що вимагають від держав лібералізувати свої правила для іноземних інвестицій, так щоб іноземні інвестори мали такі ж права інвестувати як і вітчизняні інвестори.

Нарешті, майже всі останні покоління МГУ включили спеціальні процеси врегулювання спорів для іноземних інвесторів. Це так званий процес «інвестор-держава-арбітраж». Дане положення надає право іноземним інвесторам ініціювати проведення міжнародного арбітражного розгляду безпосередньо проти приймаючої держави у випадку порушень угоди. Здатність приватного бізнесу ініціювати міжнародні процеси врегулювання спору з власної волі відрізняє міжнародне інвестиційне право від міжнародного торгового права. До теперішнього часу коло питань, піднятих іноземними інвесторами в рамках цього процесу включило питання: оподаткування, екології, зміни в банківські і радіо та телевізійні закони, зміни роялті в секторі природних ресурсів, та багато інших.

Характеристика юридичної природи та особливостей інвестиційних угод.

Багатосторонні інвестиційні угоди. Спроба створити всеосяжний інструмент регулювання, хоч і на необов'язковій основі, була зроблена в 1970-х на початку 1980-х. Прикладом є розробка проекту кодексу поведінки ООН по ТНК, в якому було б враховано чисельну кількість проблем базування на території приймаючих країн. З відповідних багатосторонніх угод, що не на пряму пов'язані з питанням заохочення та захисту інвестицій, але містять статті або глави що регулюють дані питання є: – Угода Міжнародного валютного фонду [32]; – Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ) [33], – (в окремих випадках) міжнародні конвенції, що стосуються інтелектуальної власності, в межах Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) або Всесвітньої торгової Організація (ВТО). Відповідні міжнародні організації представляють насправді єдину існуючу інституційну структуру на світовому рівні, що прямо

або побічно пов'язана з регулюванням інвестицій. Інші багатосторонні угоди, хоча і не мають справу з процесом в цілому, вирішують важливі аспекти.

Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року [15], укладена під егідою Світового банку та ведена ним, забезпечує всеосяжні рамки для врегулювання суперечок пов'язаних з інвестиціями Міжнародним центром по врегулюванню інвестиційних спорів. Процедури врегулювання суперечок доповнюються іншими установами, що займаються міжнародним комерційним Арбітражем.

Сеульська конвенція «Про заснування багатостороннього Агентства по гарантіях інвестицій» 1985 року. [16]. Сеульська конвенція на багатосторонній універсальній основі розвиває концепцію надання іноземним інвесторам в країнах, що розвиваються фінансових гарантій від некомерційних ризиків. На момент її укладення майже всі розвинені країни створили відповідні національні агентства, державні структури з надання своїм громадянам гарантій від некомерційних ризиків у зв'язку з інвестиціями в країни. На основі даної конвенції було створено Багатостороннє агентство з гарантій інвестицій.

Угода про створення Багатосторонньої Агенції Гарантування Інвестицій (Multilateral Investment Guarantee Agency – MAGI) (1986 р.), також під егідою Світового банку, служить для підвищення правової безпеки для інвестування та додаткових до існуючих національних і регіональних операцій інвестиційних гарантій.

Деякі з угод СОТ, укладених в рамках Уругвайського раунду також тісно пов'язані з зовнішніми інвестиціями. Генеральна угода з торгівлі послугами (General Agreement on Trade in Services – GATS) [33] та Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС) [19] – охоплюють декілька інвестиційних ситуацій та забезпечують важливу модель для регулювання питань зовнішніх інвестицій.

Основним правилом ГАТС є правило про те, що країни зобов'язані застосовувати режим найбільшого сприяння, не допускаючи дискримінації щодо видів послуг та їх постачальників (ст. II ГАТС). Відповідно до принципу

національного режиму, країни не повинні також ставити власні послуги і їх постачальників у привілейоване становище порівняно з іноземними (ст. XVII і XVIII ГАТС). При розробці положень ТРІПС була врахована практика держав, які, здійснюючи політику залучення іноземних інвестицій, встановлюють умови для інвесторів відповідно до національних пріоритетів. В Угоді передбачається, що вимога про надання національного режиму ст. III ГАТТ не допускає прийняття заходів регулювання інвестицій, зазначених в Угоді, оскільки надання іноземним компаніям інших прав, ніж ті, які надані національним компаніям, є порушенням національного режиму. Зокрема, не дозволяється в якості умови щодо інвестування створення та діяльність підприємств, вимагати від іноземних інвесторів використання певних обсягів місцевих ресурсів (сировини, робочої сили), реалізації ними на внутрішньому ринку певної частки виробленої продукції, вимагати передачі іноземними компаніями – інвесторами на некомерційних умовах технології, що використовується у виробництві, та інші умови, в кінцевому результаті обмежують торгівлю (ст. II ТРІПС).

ТРІПС забезпечує мінімальні стандарти щодо захисту прав інтелектуальної власності. В структуру ТРІПС входять головні міжнародні конвенції з прав на інтелектуальну власність, включаючи конвенції Всесвітньої організації з охорони прав на інтелектуальну власність (ВОІВ). ТРІПС узагальнює базові принципи захисту прав інтелектуальної власності, що містяться в різних конвенціях. Наприклад, в ТРІПС стверджується, що стосовно доступності, придбання, сфер застосування, підтримки і забезпечення прав на інтелектуальну власність з іноземними громадянами не повинні звертатися менш доброзичливо, ніж з власними. Крім того, країни повинні поширювати режим найбільшого сприяння на іноземних громадян, не допускаючи між ними дискримінації (ст. III і IV ТРІПС).

Багатосторонні угоди, особливо ті що набувають всесвітнього масштабу, є найбільш близьким еквівалентом для «законодавства», який існує в міжнародному праві. Вони роблять можливим формулювання і застосування

«універсальних» правил, які погоджені і застосовуються всіма державами, або більшістю з них. Такі угоди часто наділені інституціональним механізмом для їх застосування та з положеннями для їх розвитку. З іншого боку, необхідність знайти спільну мову між великою кількістю держав часто робить становище багатосторонніх угод або дуже загальним або з розповсюдженням можливих особливих випадків. Виникнення труднощів при досягненні згоди з питань, що стосуються інвестицій, з урахуванням того що підходи і політика держав відрізняються, пояснює відсутність всеосяжних інструментів регулювання.

Регіональні інвестиційні договори. Регіональні та/або багатосторонні міжнародні угоди є договорами, в яких приймає участь лише обмежена кількість країн, які часто не відкриті для участі інших держав. Вони, зазвичай, є обов'язковими для країн-учасниць і застосовуються тільки до них. Такі інструменти регулювання набувають все більшого значення з питань інвестицій.

Регіональні угоди про економічну інтеграцію є суттєвими під категоріями, що регулюють питання захисту та залучення інвестицій. Вони часто пов'язані з більш високим, ніж зазвичай, ступенем єдності та співробітництва між їх членами, іноді відмічені наявністю «наднаціональних» інститутів, і тому важко робити загальні висновки на основі їх положень. Як приклад європейське співтовариство, в даний час в Європейському Союзі. Найбільш показовим є широка лібералізація руху капіталу, ефективне усунення дискримінаційних заходів і прийняття загальних правил серед своїх членів. Дані положення мають далекосяжні наслідки для інвестицій серед країн-членів і мають важливі наслідки для інвестицій в та з третіх країн.

Інвестиції в країни, що розвиваються були здійснені в результаті послідовних угод, укладених між Європейським Союзом і країнами Африки, Карибського басейну і Тихоокеанського регіону, хоча відповідні двосторонні і багатосторонні домовленості, передбачені в конвенціях не поспішають в їх реалізації. Інші регіональні інтеграційні механізми включають «меншу» інтеграцію, але до цих пір впливають на регулювання способів інвестування.

Угода про Північноамериканську зону вільної торгівлі (НАФТА) виступає ілюстрацією регіональної угоди, яка не обмежується тільки участю розвинених країн і справді може бути поширеною на інші країни. Так, Глава 11 Угоди регулює питання інвестицій, та врегулювання суперечок між Державою та інвестором іншої Держави. [59] Доречно зазначити, що хоча НАФТА формально тільки «зона вільної торгівлі», а не спільний ринок або економічний союз, як Європейський союз – угода охоплює прямі іноземні інвестиції. Її положення з цього питання вже істотно вплинули на процес інвестування. Насправді даний факт можна розглядати як характеристику нового напрямку для угод про вільну торгівлю.

Особливо важливими, на широкому регіональному рівні, є ряд інших угод, таких, як два кодекси Лібералізації Організації економічного співробітництва та розвитку (Organisation for Economic Co-operation and Development), що охоплюють рух капіталу і поточних невидимих операцій. Вони показали примітну здатність до зростання. Їх охоплення тепер поширюється на більшість аспектів зовнішніх інвестицій.

Важливе значення для регулювання інвестиційних відносин на регіональному рівні має Договір до Енергетичної хартії. [30] Договірними сторонами є Європейський Союз та його держави-члени, інші розвинені країни-члени ОЕСР і країни Центральної і Східної Європи та Співдружності Незалежних Держав. Цей документ є регіональним міжнародним багатостороннім договором, регулюючим інвестиції, а також транспортування та торгівлю продукцією енергетичних галузей. Угода охоплює лише конкретний сектор економіки, хоча і дуже важливий.

Двосторонні інвестиційні договори. В контексті аналізу двосторонніх інвестиційних угод необхідно звернути увагу на центральні принципи, що втілені за їх допомогою, які включають захист інвестицій, заохочення інвестицій та лібералізацію ринку. Однак точні положення, звичайно, варіюються від конкретного договору. Але всіх об'єднують дві головні пам'ятки для іноземних інвесторів, а саме – (а) основні права, що стосуються

поводження з іноземними інвестиціями і – (б) процедури врегулювання суперечок. Заслуговує на увагу те що, іноземні інвестори, які не мають національності сторони договору традиційно не мають позовну силу зобов'язань за угодою.

Основні права, які передбачені в більшості ДІУ даються інвесторам іншою стороною, з обіцянками захисту від експропріації, несправедливої, і дискримінаційної поведінки з боку приймаючої держави. Додаткові положення включають базовий захист поліцією і заборону вимог до продуктивності, а також обмежень на вільний оборот коштів.

Крім основних прав, двосторонні інвестиційні угоди передбачають порядок врегулювання суперечок. Зазначені угоди надають приватним інвесторам прямий доступ до міжнародного арбітражу з урядом договірною партнера в якості альтернативи врегулювання інвестиційного спору в національних судах приймаючої держави. Арбітраж між державою та інвестором дозволяє уникнути багатьох (реальних чи уявних) пасток традиційної норми міжнародного права, що стосуються вичерпання внутрішніх засобів правового захисту і додає інвестиційній угоді практичну функціональність. Зазвичай держава дає свою згоду на арбітраж за умовами угоди [268, с. 22-25]. Серед арбітражних правил що обираються є: – правила Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів (МЦВІС); – правила Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ); – інші органи, що діють в першу чергу при регулярному комерційному арбітражі такі як Міжнародна торгова палата (ІСС); – Торгова палата Стокгольма (SCC).

Крім правил UNICTRAL, всі додатково пропонують інституціональні рамки для полегшення і адміністрування арбітражного розгляду. Арбітражні рішення, є остаточними і обов'язковими. За великим рахунком, ці механізми вирішення спорів запевнили інвесторів і внесли великий вклад в ефективність сучасного міжнародного інвестиційного права.

Важливою характеристикою нового покоління двосторонніх інвестиційних угод є значна схожість загальних принципів. Дану схожість можна окреслити наступним: – широким визначенням інвестицій; – сприятливим інвестиційним кліматом; – справедливим та рівноправним режимом; – наданням національного режиму або режиму найбільшого сприяння; – проведення експропріації з компенсацією та універсальним порядком врегулювання суперечок.

Для ДД є характерним широке визначення інвестицій з відкритого переліку, так що воно може вмістити нові форми іноземних інвестицій, включаючи в себе матеріальні і нематеріальних активи.

Залучення інвестицій в основному базується на створенні сприятливого інвестиційного клімату для інвестицій шляхом укладення ДІУ. Більшість договорів передбачають справедливий і рівноправний режим, часто кваліфікуються конкретними стандартами, такими які забороняють довільні або дискримінаційні заходи що стосуються інвестицій.

Більшість договорів вказують, що, коли різні угоди поширюються на інвестиції, найбільш сприятливі положення серед них застосовуються.

Надання національного режиму означає, що іноземні інвестори мають не менший обсяг прав, ніж суб'єкти інвестиційної діяльності приймаючої країни. Від національного режиму іноземного інвестування відрізняється режим найбільшого сприяння, сутністю якого є надання іноземному інвестору режиму найбільш сприятливого з тих, що надаються в даній країні інвесторам з якої-небудь третьої країни. Цей режим встановлюється міжнародними угодами, причому, звичайно, разом з національним режимом.

Практично всі МІУ надають право приймаючій країні експропріювати за умови, що вона повинна бути для громадських цілей, недискримінаційною, відповідно супроводжуватися належною компенсацією.

Вільний переказ платежів, пов'язаних із інвестиціями є загальним практично для всіх МІУ. Як приклади, можна навести статтю 5 Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Македонія «Про сприяння та взаємний

захист інвестицій» [34]; статтю 6 Угоди між Урядом України та Урядом Латвійської Республіки «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» [35], де передбачено зобов'язання договірних сторін гарантувати інвесторам вільний переказ платежів, пов'язаних з інвестиціями.

МІУ передбачають застосування універсальної процедури врегулювання суперечок шляхом консультацій та переговорів по дипломатичним каналам. А у випадку не досягнення згоди переговорами врегулювання спорів в міжнародних арбітражних інституціях.

Крім того, деякі угоди включають в себе один або кілька таких положень:

а) вимога про те, що приймаюча країна повинна гарантувати, що інвестори мають доступ до інформації про національні закони;

б) заборона на застосування вимог до продуктивності, умов експорту та вимог зайнятості, в якості умови для вступу чи використання інвестицій;

с) зобов'язання дозволяти або полегшити в'їзд і перебування іноземних працівників у зв'язку із створенням та функціонуванням інвестицій.

За результатами аналізу укладених Україною двосторонніх інвестиційних угод можна виділити їх структуру, яка як правило, виглядає наступним чином:

– преамбула, де вказуються взаємозобов'язанність сторін, щодо готовності розширювати і заохочувати економічне співробітництво між двома сторонами;

– визначення термінів, таких як «інвестиції», «інвестор», «дохід», «прав інтелектуальної власності», «громадяни», «компанії», «фінансові інститути», «території» тощо. Хоча перелік термінів в основному той же самий, що і у всіх угодах, вони можуть відрізнятися в деталях, і деякі угоди можуть включати умови, які не містяться в інших;

– положення щодо положення іноземних інвестицій на територіях договірних сторін. Як правило, встановлюється режим найбільшого сприяння, хоча деякі угоди мають окремі статті, які додатково передбачають національний режим. Наприклад, Угода між Урядом України та Урядом Канади про сприяння та захист інвестицій;

- гарантії компенсації в разі іноземних інвестицій експропріація, та вільну конвертацію інвестицій, і/або доходів з нього;
- суброгацію, в разі угоди з низкою країн, наприклад Польща, Німеччина, Угорщина, Канада, тощо;
- порядок врегулювання спорів, що виникають з інвестицій відносини між сторонами;
- прикінцеві положення, що встановлюють термін дії угоди і порядок набрання чинності.

Більшість двосторонніх інвестиційних угод, в яких Україна є учасником структуровані таким способом, описаним вище, з невеликими відмінностями в результаті специфічних відносин між Україною та іншої договірної сторони.

Як елементи міжнародно-правової бази для регулювання питань залучення та захисту іноземних інвестицій, двосторонні інвестиційні угоди є одним з інструментів забезпечення захисту іноземних інвестицій відповідно до міжнародного права. Хоча договори залишаються досить стандартизовані, вони здатні відображати в своїх положеннях різні позиції і підходи багатьох країн, які уклали такі угоди.

ДІД спочатку виступали регулятором відносин виключно між розвиненими країнами. Тим не менш протягом багатьох років вони показали чудову можливість для диверсифікації в участі, почали укладатись між країнами, що розвиваються, або з країнами з перехідною економікою або навіть з соціалістичними країнами. Таким чином, в той час як не вистачає інституціональних структур і акцент на розгляді та розробці багатосторонніх і регіональних документів, ДІД виявляються здатними адаптуватися до особливих обставин. Вони були успішно використані, наприклад, в останнє десятиліття у всьому процесі переходу країн Центральної та Східної Європи до ринкової типу економіки. Збільшення числа двосторонніх угод між країнами, що розвиваються вказує, що вони також можуть бути корисні в боротьбі з проблемами, які можуть виникнути зв'язку зі змінами у внутрішньому законодавстві приймаючої країни. В таких відносинах договірне регулювання

дає певну гарантію застосування передбаченого угодою режиму для інвестицій, незалежно від змін, які можуть мати місце у країні-учасниці угоди в майбутньому.

Забезпечення інвестиційними договорами зростання інвестицій у країні. Питання про вплив інвестиційних угод на розмір прямих іноземних інвестицій в країні, що розвиваються залишається не вирішеним з двох причин. Однією з причин є те, що в літературі існує близько 10 великих наукових економетричних досліджень, опублікованих науковцями в авторитетних юридичних і економічних журналах.

Економетричне дослідження передбачає вивчення кількісних та якісних економічних взаємозв'язків із використанням математичних і статистичних методів та моделей. Зазначені дослідження є не достатньо переконливими, з приводу впливу угод на прямі іноземні інвестиції. Ускладнюється вирішення цього питання суперечливістю в висновках і політичних наслідках. Інша причина, якщо погодитися з більшістю з цих досліджень, що немає ніякого впливу або, в кращому випадку, вплив слабкий, то виникає велике питання: – чому продовжують укладатись ДІД, які, ймовірно, принесуть мало переваг, при цьому переваги пов'язані зі значними витратами з точки зору зниження суверенітету і політичного простору та перспективи оплати великих штрафів в результаті арбітражних справ?

Не викликає сумніву, що інвестиційні договори забезпечили значні гарантії та засоби правового захисту для іноземних інвесторів, що дозволяє їм оскаржити ряд урядових заходів і забезпечити права, але далеко не очевидно, що інвестиційні договори дали обіцяні збільшення прямих іноземних інвестицій.

Окремі особи та бізнес мають потреби і стратегії, які формують їх рішення коли, де і як інвестувати. Існують різноманітні фактори, які впливають на кількість, напрям і характер іноземних інвестицій. Такими факторами є: – отримання доступу до більш широкого ринку; – більш кваліфікованої та/або зменшення дорогої робочої сили; – нових чи інших технологій. Іншими

чинниками, які можуть вплинути на рішення можуть бути наявність надійної інфраструктури, доступу до послуг, щоб полегшити підприємницьку діяльність, стабільність економічної та політичної ситуації, і пропозиції фінансових або податкових пільг.

Інвестиційні договори були розроблені з акцентом на вирішення лише обмеженого кола питань, які допомагають інвесторам мінімізувати ризик втрат, викликаних протиправною поведінкою приймаючої держави, не роблячи кроків для зміни «інвестиційного клімату» приймаючої країни з метою підвищення доцільності направлення в неї іноземних інвестицій. Тож не дивно, що підприємства виявляється не звертають практично ніякої уваги на те чи присутній інвестиційний договір при прийнятті інвестиційних рішень. Однак потім при виникненні проблем будуть покладатися на договір шукаючи відшкодування збитків, якщо їх інвестиції були здійсненні не так як планувалося. Зазначене положення аналізується в дослідженнях, метою яких було виявлення того, чи укладені угоди про захист та заохочення інвестицій призводять до збільшення іноземних інвестицій у країни?

Зокрема, Mary Hallward-Driemeier в дослідженні *Do Bilateral investment treaties attract Fdi?*(2003). Аналізуючи двадцять років двосторонніх потоків прямих іноземних інвестицій з ОЕСР країнам, що розвиваються не знаходить доказу того, що двосторонні інвестиційні договори стимулювали додаткові інвестиції. [129]

Заслуговує на увагу дослідження Eric Neumayer and Laura Spess (2005) під назвою – чи двосторонні інвестиційні договори збільшили прями іноземні інвестиції в країни, що розвиваються? (*Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? World Development, 33 (10)*) [144].

Автори на основі своїх змінних та методики оцінки надають досконалий кількісний доказ того, що чим більша кількість двосторонніх інвестиційних угод укладена тим більше прямих іноземних інвестицій вкладається в країну, що розвивається.

Важливий аналіз положень МІУ міститься в Journal of world investment and trade, 7(6), Do Investment Agreements Attract Investment? Kevin P. Gallagher and Melissa B.L. Birch. [140] Автори проводять аналіз та приходять до висновків, що підписання інвестиційних угод з США не має самостійного впливу на залучення прямих іноземних інвестицій з США. Їх робота є першою, що розглядає виключно детермінанти іноземних інвестицій в Латинську Америку. Зазначене дослідження спирається на великий набір даних США, щодо іноземних інвестицій в регіоні в період з 1980 по 2002 рік. На думку авторів цього дослідження, найбільш важливими факторами, що визначають залучення іноземних інвестицій є рівень розвитку економіки в державі та досягнення макроекономічної і політичної стабільності. Їх результати узгоджуються з більшістю досліджень за детермінантами іноземних інвестицій в країнах, що розвиваються. Автори виявили цікаву залежність, що існує між кількістю спільних інвестиційних угод і кількістю іноземних інвестицій, яка залучається в країни Латинської Америки.

Проведений аналіз економетричної літератури з питань впливу ДІУ на розмір прямих іноземних інвестицій в країни, дає підстави виділити чотири основні тенденції можливих наслідків ДІУ [171]: – а) ефект обов'язку; – б) сигналізаційний ефект; – в) перехід до покращання якості інституцій; – г) стимулюючий ефект.

Ефект обов'язку. Зобов'язання обов'язкового захисту інвесторів знизили ризики і збільшують потік прямих іноземних інвестицій у країни партнери. Дослідження перевірки цієї гіпотези на основі двосторонніх потоків ПІІ між країною, що розвивається і розвиненою країною в якості залежної змінної, і вивчити, чи є, і якщо так, то коли, укладення ДІУ сприяло збільшенню потоків ПІІ з країн-партнерів.

Сигналізаційний ефект. ДІУ сигналізують про серйозність покращення прав власності в країні перебування, які застосовують для всіх інвесторів, і, таким чином, стимулюють потік ПІІ з усіх країн. Ця гіпотеза, як правило, перевіряється за допомогою загальної кількості ПІІ в країни, що розвиваються.

Перехід до покращання якості інституцій. Оскільки необхідно час, щоб поліпшити якість інституцій і політики, які мають значення для ПІ, ДІУ може розглядатися іноземними інвесторами в якості заміни для поліпшення їх якості і таким чином стимулювати приплив ПІ від інвесторів. Ця гіпотеза може бути перевірена з використанням як сукупних так і двосторонніх потоків прямих іноземних інвестицій.

Стимулюючий ефект. Сильні ДІД, як зокрема двосторонні інвестиційні угоди США, мають більше шансів стимулювати ПІ. Такі дослідження дають порівняння надходжень від країни з більш сильними ДІД з приливом з країн з слабкими ДІД.

Незважаючи на різні висновки в дослідженнях, з огляду на різні підходи і детермінанти, інвестиційні договори фактично привели до збільшення інвестиційних потоків, або інших факторів, таких як ширші зміни в економічній політиці. Укладення інвестиційних договорів сприяє залученню інвестицій, але не є достатнім. Часто постає питання про те, наскільки невизначені витрати виправданні в контексті укладених ДІД.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ I

1. Підставою виникнення інвестиційних правовідносин є юридичний факт чи їх сукупність (фактичний склад): найпоширенішою підставою цих правовідносин є інвестиційний договір. Зазначений договір може розглядатися в чотирьох основних значеннях, а саме як: – сукупність правових норм; – юридичний факт; – зобов'язання (правовідношення); – документ. Як сукупність правових норм, інвестиційний договір є комплексним правовим інститутом у межах якого виникають приватноправові та публічно-правові правовідносини.

Приватноправові відносини пов'язані з питаннями здійснення фізичними та юридичними особами інвестиційної діяльності, а публічно-правові відносини стосуються зобов'язань держави забезпечувати передбачених міжнародною угодою умов здійснення такої діяльності. Як юридичний факт інвестиційний договір є підставою інвестиційних правовідносин. Як зобов'язання інвестиційний договір являє собою регулятор прав та обов'язків сторін інвестиційних правовідносин. Як документ інвестиційний договір є регулятором взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності.

2. Визначальну роль у структурі інституту інвестиційного договору відіграє інвестиційне законодавство, яке характеризується приватноправовою природою прав іноземних інвесторів, це дає їм можливість почати арбітраж, безпосередньо проти приймаючої держави. Зазначене право ґрунтується на перспективній та узагальненій згоді держави на арбітраж з будь-якого питання, що підпадає під сферу застосування інвестиційного договору.

3. Правовідносини у сфері інвестування мають специфічні риси пов'язані з тим, що стороною виступає держава. Приватноправові принципи договірного права які покладені в умови інвестиційного договору, з одного боку, та публічно-правова природа договору між державами про захист інвестицій.

4. Обґрунтовується доцільність виділення двох основних правових форм іноземного інвестування: корпоративної та договірної. Корпоративна форма

іноземного інвестування полягає в створенні іноземним інвестором суб'єкта господарювання або набуттям корпоративних прав, а договірна передбачає укладення концесійних договорів, договорів про спільну діяльність та угод про розподіл продукції. Корпоративна та договірна форми інвестування можуть поєднуватись в цивільно-правові-конструкції, наприклад, у разі створення кількома особами за участі іноземного інвестора господарського товариства, передумовою створення якого є укладення засновницького договору.

5. Відносини щодо вкладення іноземних інвестицій опосередковуються за допомогою інвестиційного договору за участю іноземного інвестора. Договір має наступні ознаки: особливий суб'єктний склад(однією зі сторін є іноземний інвестор); предмет договору - іноземна інвестиція; необхідність дотримання форми договору.

6. Інвестиційні правовідносини це правовідносини, включають в себе дві групи взаємозалежних між собою відносин. Першу групу складають є власне інвестиційні(основні) правовідносини, що охоплюють договірні й інші цивільні правовідносини між інвесторами та іншими суб'єктами права, які опосередковують вкладення інвестицій (власне інвестиційні відносини), носять зобов'язально-правовий характер і тому є основними. Другу групу складають додаткові правовідносини, представлені іншими цивільними, а також адміністративними і фінансовими правовідносинами між інвесторами та уповноваженими органами влади.

7. Термін «інвестиція», можна розглядати, по-перше: з економічної чи юридичної точки зору, по-друге: в широкому та вузькому значенні.

8. Широке визначення «інвестицій» міститься в більшості багатосторонніх і двосторонніх інвестиційних угод, визначаючи «інвестиції», як «всякого роду активи». Використання широкого розуміння інвестицій в основі якого лежить поняття активів викликає ризик можливості того, що угоди, які не мали на меті бути інвестиційними трактуються інвестиційними в результаті широкого характеру визначення поняття інвестицій. Вузьке

розуміння даного поняття передбачає застосування визначеного чи закритого списку того, що може бути визнано інвестиціями.

9. Застосування закритого списку є новою тенденцією в двосторонніх інвестиційних договорах. Основна перевага такого підходу полягає в тому, що він може дати більший контроль для Договірних сторін в тому, які види інвестиції покриті угодою. Даний підхід виступає перевагою для планування розвитку інвестиційних відносин, оскільки надає більше впевненості щодо обсягу захисту.

10. З економічної точки зору інвестиції передбачають собою здійснення певних дій, які спрямовані на відмову від вигоди в даний момент, з метою отримання прибутку(приросту капіталу) в майбутньому. З юридичної точки зору на нашу думку інвестиції слід розглядати, як майно, майнові права, інтелектуальні та інші цінності, які мають грошово-вартісну оцінку та здатні принести прибуток.

11. Під іноземними інвестиціями слід розуміти - речі, грошові кошти, цінні папери, майнові права та результати інтелектуальної діяльності. Важливою ознакою виступає приналежність вищевказаного іноземному інвестору на законних підставах та вкладення інвестицій на територію іншої держави з метою отримання прибутку.

12. Конвенція МЦВІС дає сторонам МЦВІС арбітражу широкі повноваження описати конкретну угоду як інвестиційну, тим самим застосовує широкий підхід до визначення інвестицій. В той же час входячи з аналізу арбітражної практики суд може не прийняти заяву про арбітраж у випадку відсутності відносин пов'язаних з інвестиціями.

13. Інвестором виступає будь-яка фізична або юридична особа, іноземні держави, міжнародні урядові та неурядові організації; інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, які визнаються такими відповідно до законодавства України яка здійснює вкладення інвестицій. Він є єдиним суб'єктом інвестиційної діяльності та обов'язковим суб'єктом інвестиційних правовідносин.

14. Обґрунтовується доцільність визначення національності юридичних осіб за міжнародними інвестиційними угодами щодо положень тестів, які передбачають три критерії: – місце конституції (створення); – місце реєстрації та місцезнаходження керуючого органу; – місце контролю як самостійних або взаємодоповнюючих.

15. За загальним правилом кожен із зазначених тестів є самостійним, що передбачає вибір одного з них для цілей угоди. Якщо національність юридичної особи не можливо визначити за допомогою одного тесту, застосуванню підлягає сукупність тестів; ряд угод передбачає застосування поєднання тестів.

16. Тест створення (конституції) визначає національність юридичної особи відповідно до права, яке діє в країні. Договірні сторони посилаються на положення національного законодавства кожної з договірних сторін із метою створення юридичних осіб, які мають право на захист. Відповідно до цього тесту створення (конституції) юридична особа, створена відповідно до законодавства договірної сторони розглядається як інвестор цієї країни. Даний тест часто знаходиться в поєднанні з тестом інкорпорації.

17. Тест інкорпорації (реєстрації) визначає національність та особистий статус юридичної особи за законом держави на території якої відбувся акт реєстрації.

18. Тест місцезнаходження передбачає для кваліфікації в якості інвестора, щоб юридична особа була утворена або включена не тільки до приймаючої країни, але й мала своє місце розташування та/чи місце ефективного управління на її території.

19. Тест контролю відповідно до якого юридична особа має національність тієї держави, з території якої здійснюється контроль та управління її діяльністю, визначаючи національність осіб які контролюють компанію. Міжнародною інвестиційною угодою (International Investment Agreement) є договір між країнами, в якому регулюються відносини, що стосуються транскордонних інвестицій, як правило, з метою захисту, заохочення та лібералізації таких інвестицій.

20. Крім внутрішньодержавного правового регулювання інвестиційних відносин виділяють: – двосторонні інвестиційні договори (ДД), що підписані двома державами; – регіональні інвестиційні договори, що підписані групами держав в рамках одного регіону; – багатосторонні інвестиційні угоди.

21. До групи міжнародних договорів, що регулюють міжнародні інвестиційні відносини, відносяться Вашингтонська конвенція і Сеульська конвенція, Угоди ГАТТ/СОТ, угоди, що лежать в основі створення регіональних економічних союзів держав (Європейський Союз, НАФТА, Південноамериканський спільний ринок (МЕРКОСУР), тощо), Договір до Енергетичної хартії. Великий вплив на формування субстантивних норм міжнародного приватного права надають документи, що розробляються міжнародними економічними організаціями (Міжнародний банк реконструкції та розвитку (Світовий Банк, МБРР), Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), Міжнародний валютний фонд тощо).

22. Важливе значення для правового регулювання іноземних інвестицій на сучасному етапі мають двосторонні угоди про заохочення і взаємний захист інвестицій, що увійшли в практику в 50-60-х роках ХХ ст. Ключовою метою даних угод є створення спеціального механізму правових норм для забезпечення стабільності відтворення і свободи руху капіталів, приплив іноземних приватних інвестицій в інші країни, надавши їм державні гарантії.

23. Всі двосторонні інвестиційні угоди об'єднують два головні положення для іноземних інвесторів: – (а) основні права, що стосуються поводження з іноземними інвестиціями; – (б) процедури врегулювання суперечок. Іноземні інвестори, які не мають національності сторони договору традиційно не мають позовну силу зобов'язань за угодою.

24. Двосторонній або багатосторонній міжнародний договір про захист інвестицій – ключовий елемент сучасного міжнародного інвестиційного арбітражу. Виявлено дуалістичне функціональне призначення інвестиційних договорів в системі міжнародного інвестиційного арбітражу. Договір виконує подвійну роль: виступає джерелом правового стандарту поводження з

інвестором (матеріально-правові норми договору, такі як заборона експропріації або справедливий і рівний режим) та передбачає оферту держави, що приймає інвестицію, дозволити розглядати інвестиційний спір в арбітражі (процесуальна складова договору).

25. Україна підписала більше ніж 70 міжнародних інвестиційних угод (двосторонніх інвестиційних договорів та інвестиційних положень в угодах про вільну торгівлю) з країнами-партнерами. Варто зазначити, що майже всі двосторонні інвестиційні угоди, укладені шляхом Україна є: – (а) подібні за структурою; – (б) характеризується однорідністю правових механізми для захисту іноземних інвестицій. Ці угоди передбачають іноземним інвесторам матеріальний і процесуальний захист. Аналіз інвестиційних положень свідчить про те, що Україна повинна розглянути питання про оновлення своїх міжнародних інвестиційних угод з метою забезпечення того, щоб вони добре відображають намір держави і нові тенденції в області інвестицій.

РОЗДІЛ II. ПОНЯТТЯ, ПРИРОДА ТА ВИДИ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ

2.1 Поняття і класифікація інвестиційних спорів

Під час вступу в інвестиційні відносини сторони прагнуть забезпечити належне виконання зобов'язань. Однак на практиці невиконання може статися з різних причин. У цьому випадку потерпіла сторона прагне отримати належну компенсацію.

Норма статті 25 Вашингтонської Конвенції «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» до компетенції Міжнародного центру врегулювання інвестиційних спорів відносить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про який повідомлено Договірною державою Центру) та особою іншої Договірної держави, при умові наявності письмової згоди учасників спору про передачу такого спору для вирішення Центру. [15]

Вашингтонська конвенція визначає категорію інвестиційних спорів. Даний факт пояснюється тим, що її автори припускали, можливість надання конкретного визначення в національних законодавствах країн-учасниць. Цей висновок підтверджується положеннями ст. 25 п. 4 Конвенції, згідно з якою, будь-яка Договірна держава вправі, даючи свою згоду на розгляд інвестиційних спорів згідно з процедурою МЦВІС, передбаченою Конвенцією, може повідомити Центр про категорію чи категорії спорів, які підлягають або не підлягають компетенції Центру під час ратифікації, приєднання або схвалення цієї Конвенції, а також в будь-який час після цього повідомити Центр.

Аналіз вище зазначеного положення свідчить, що державі-учасниці Конвенції надається можливість дати визначення поняттю «інвестиційні спори» в національному законодавстві.

Через надзвичайно широку концепцію міжнародних інвестицій і діяльності пов'язаної з ними, є можливість виникнення різних видів суперечок. Іноді визначення інвестиційного спору включається безпосередньо в двосторонній угоді про заохочення і взаємний захист інвестицій.

Держава має можливість самостійно визначати категорії інвестиційних спорів, переданих в МЦВІС для розгляду і таким чином дає визначення поняття «інвестиційні спори».

Міжнародна практика, під впливом діючих у даній сфері норм міжнародного права, поняття «інвестиційні спори» трактує досить широко і включає спори, що виникають із пов'язаних із інвестиціями відносин між приймаючою державою та особою іншої держави, яка виступає як інвестор.

Закон України «Про режим іноземного інвестування» [6] не дає визначення інвестиційного спору, але передбачає порядок їх розгляду, відповідно до положень статті 26 Закону.

Відсутність законодавчо-нормативного визначення поняття «інвестиційний спір» зумовлює додаткову актуальність дослідження доктринальних підходів з цього питання.

У доктрині права обґрунтовано поняття «інвестиційного спору» в широкому та вузькому розумінні.

Представники широкого розуміння розглядають інвестиційні спори, як будь-які спори, що пов'язані з інвестиціями. Це можуть бути спори економічного, технічного, технологічного, адміністративного та правового характеру між різними суб'єктами, причому економічні, технічні, технологічні та адміністративні спори можуть мати самостійний характер, а також виступати складовою частиною правового спору.

Вчений Попов Е. В. під інвестиційним спором розуміє комплекс правовідносин, що виникають у зв'язку з виникненням розбіжностей або пошуком оптимального варіанту з врегулювання спірної ситуації, яка з'являється в рамках інвестиційної діяльності [111, с. 159-170].

Проф. М. М. Богуславський під поняттям інвестиційні спори, розуміє спори між інвесторами і державою, в якій зроблені інвестиції. Зазначаючи, що в доктрині міжнародного приватного права всі ці суперечки віднесені до категорії інвестиційних спорів, що розуміються у вузькому сенсі. Якщо мати на увазі не тільки суперечки з державою, приймаючою приватні інвестиції, а й суперечки між учасниками підприємства з іноземними інвестиціями або ж такого підприємства з одним із учасників, то тоді застосовується поняття інвестиційного спору в широкому сенсі. [90, с. 491]

Зазначені вище визначення ґрунтуються на ідеї вузького чи широкого розуміння цих спорів залишаючи без належної уваги питання щодо визначальних ознак цих спорів наявність яких свідчитиме про інвестиційний характер спору. До обов'язкових кваліфікуючих ознак інвестиційного спору доцільно віднести: – а) особливий склад учасників спорів (державна, з одного боку, і приватний іноземний інвестор – з іншого); – б) специфіка предмета; – в) особливим порядком врегулювання інвестиційних спорів.

На нашу думку поняття інвестиційного спору доцільно розглядати для будь-яких спорів, пов'язаних з інвестиційною діяльністю як іноземних, так і національних інвесторів, що свідчить про перспективність широкого розуміння цієї правової категорії.

Заслуговує на увагу обґрунтована в літературі класифікація інвестиційних спорів три групи. [115, с.10]

До першої належать інвестиційні спори між іноземним приватним інвестором і державою, що приймає приватні інвестиції. У даному разі йдеться про спори, які торкаються умов і порядку виплати компенсації при націоналізації і застосуванні інших примусових заходів, відшкодуванні збитків у разі збройних конфліктів, спричиненні збитків інвестору діями органів держави і посадовців в аналогічних випадках.

До другої групи включаються різні майнові й господарські спори: – між учасниками організацій з іноземними інвестиціями; – одного учасника із самою організацією; – між підприємствами і фірмами країни місцезнаходження

підприємства з іноземними інвестиціями; – з юридичними і фізичними особами інших країн. Вищеназвані спори можна визначити як інші спори, пов'язані із здійсненням іноземних інвестицій. Проте за своєю природою, як правило, це не спори з державою, а різні цивільно-правові спори між рівноправними суб'єктами.

Третя група охоплює спори між іноземними інвесторами або підприємством з іноземними інвестиціями з органами держави країни, приймаючої інвестиції. За своїм характером це спори адміністративно-правові.

Крупко С. І. пропонує при класифікації інвестиційних спорів використовувати критерій характеру вимог, критерій підстави виникнення спору і критерій предмета спору [103, с.20-21].

За характером вимоги інвестиційні спори можна розділити на приватноправові, публічно-правові і змішані. Спори про відшкодування збитків, про стягнення неустойки, про внесення змін в інвестиційну угоду носять характер приватноправових. Прикладом публічно-правових спорів є спори про дотримання принципів експропріації, про дотримання принципів виплати компенсації, встановлених у міжнародних договорах – міжурядових угодах про заохочення і взаємний захист капіталовкладень, про надання режиму найбільшого сприяння.

Як правило, інвестиційні спори мають змішаний характер, коли інвестор одночасно пред'являє вимоги публічно-правового і приватноправового характеру.

За підставою виникнення інвестиційні спори можна розділити на дві групи. До першої групи належать спори, пов'язані з односторонніми суверенними актами держави з втручання в інвестиційну діяльність – зміна умов здійснення інвестиційної діяльності через зміни в законодавстві приймаючої держави, експропріація інвестицій або заходи, подібні до неї; інші дії державних органів і посадовців, звужуючи права інвесторів; надання фіскальних пільг і привілеїв. Другу групу утворюють спори, пов'язані з інвестиційною угодою (переддоговірні спори, тлумачення умов інвестиційної

угоди, невиконання або неналежне виконання стороною зобов'язань за інвестиційною угодою, зміна інвестиційної угоди, припинення інвестиційної угоди). У даній категорії спорів на перший план виходять приватноправові правовідносини приймаючої держави й іноземного інвестора і, відповідно, роль держави як сторони договору.

За предметом спору інвестиційні спори може бути поділено на три групи: – а) спори пов'язані з допуском інвестора і здійснення інвестиційної діяльності; – б) спори, що виникають із здійсненням цієї діяльності; – в) спори, пов'язані з припиненням інвестиційної діяльності. Всі ці спори за наявності певних умов можуть бути предметом розгляду арбітражних судів (міжнародного комерційного арбітражу).

Методологія комплексної класифікації інвестиційних спорів. Для формування науково обґрунтованої методології класифікації інвестиційних спорів необхідно використовувати одночасно кілька критеріїв як предмет і суб'єктний склад, що знайшло відображення в різноманітності міжнародних інвестиційних спорів і правових документів, з яких вони виникають. Розглянемо запропоновані Julie A. Maurin [139], як приклад, може бути наведено такі три справи з вирішення спорів між інвестором і державою: *Malaysian Historical Salvors; Suez, SGAB, & Vivendi v Argentina*; та справа потерпілих за схемою Понці від Алена Стенфорда.

Перша справа *Malaysian Historical Salvors*. В оригіналі, з огляду на контракт, в основу спору було покладено вимогу заявника на 70% від прибутку, отриманого від продажу всіх історичних артефактів, врятованих із зотонувшого морського судна, що знаходиться в межах територіальних вод Малайзії. Уряд Малайзії, однак, згодився виплатити лише 40%. [142]

Варто зазначити, що правовий інструмент, що лежить в основі спору (контракту) є унікальним для сторін, його предмет стосувався тільки них, 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 та такий тип спору було б цілком доречно судом вирішити на своїх власних умовах, застосовуючи звичайні принципи вирішення комерційних суперечок. Кілька спеціальних побоювань з приводу легітимності такого судового виробництва можуть виникнути за умов, звичайно, що стандартні мінімальні вимоги процесуальної справедливості мали місце і автономні договірні умови сторін будуть дотримані.

Зазначені два елементи є загальними для всіх договірних спорів. Поки немає інших сторін, що беруть участь або постраждалих в результаті суперечки, їх задоволення гарантує, що потреби вирішувати по-різному такі випадки не виникає. Необхідно зауважити, що дана справа приводиться до 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 в даній справі було визнання, що трибунал без явної необхідності звернувся до об'єктивних критеріїв інвестиції, цим самим знехтувавши визначенням інвестиції та її ознаками, приведеними у відповідній статті двостороннього інвестиційного договору. Особлива увага приділялась останньому критерію, а саме сприянню економічному розвитку. Члени трибуналу відстоювали позицію, що важко в реальному вимірі визначити особистий внесок інвестора в економіку іншої держави, оскільки сам критерій сформульований некоректно та розмито. Тим не менш на сьогодні цей критерій досі використовується при перевірці трибуналом наявності інвестиції, і таким чином, наявності у нього відповідної юрисдикції.

Іншим прикладом є справа *Suez, SGAB, & Vivendi v Argentina*. [187] 30 липня 2010 Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID) прийняв 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 № ARB. 03.17) і *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic* (ICSID Case № ARB. 03.19). Дані арбітражні розгляди були порушені групою французьких, іспанських і британських

інвесторів в липні 2003 року і, по суті, є новим продовженням низки спорів, що виникли в результаті економічної кризи в Аргентині в 2000-2003 роках.

Незважаючи на застосування до вказаних справ двох різних арбітражних регламентів - ICSID (Case No. ARB / 03/17) і ЮНСІТРАЛ (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 та управління водопостачальними підприємствами. Позивачі заявляли про порушення державою ряду стандартів захисту інвестицій, передбачених відповідними угодами про захист інвестицій, а саме: недотримання державою гарантій, пов'язаних з прямою і непрямую експропріацією інвестицій, порушення режиму повного захисту і безпеки, а також недотримання державою справедливого і рівного режиму іноземних інвестицій.

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

Окремо слід зазначити, що склад арбітражу також відкинув аргументи відповідача про те, що держава діяла в умовах крайньої необхідності. Проаналізувавши поняття «необхідності» в розумінні Статтею Комісії міжнародного права ООН про відповідальність держав і розглянувши арбітражну практику з даного питання, склад арбітражу прийшов до рішення, що Аргентина не має підстав для застосування аргументу «крайньої необхідності». Зокрема, суд дійшов висновку, що Аргентина порушила дві

необхідні умови його застосування – дії, вжиті 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 та заперечень, але і з двосторонніх договорів та вимогах і запереченнях заснованих на багатосторонніх договорах у галузі прав людини і 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 і загальна сума взятих їх разом, як повідомляється, перевищила урядову скарбницю.

Іншим прикладом може бути справа потерпілих за схемою Понці від Аллена Стенфорда. Дана категорія справ є відомою як «нормативні спори». В одній з останніх справ, група центральноамериканських інвесторів повідомила про намір подати позов в арбітраж проти уряду США в рамках Угоди про вільну торгівлю між Домініканською Республікою і Центральною Америкою (DR-CAFTA) [52]. Основною підставою виступило те, що Техаська філія Комісії США з цінних паперів і бірж (SEC) неодноразово відмовлялася розкрити у Техасі схему Понці у зв'язку з тим, що більшість інвесторів даної схеми були громадяни США. Повідомлення про наміри вказує на те, що співробітниками SEC принаймні, чотири рази протягом 12 років досліджувалася схема Понці. Але не приймалось жодних дій для відкриття провадження по справі.

Позов стверджує про дискримінацію на основі національності, що викликає величезні втрати для інвесторів Центральної Америки через порушення угоди. Інвестори звертають увагу на порушення принципів справедливості, рівноправності та повного захисту і безпеки Договору.

У цьому випадку немає договірних відносин між іноземними інвесторами та приймаючою державою. Інвестиції самі по собі не впливають на надання основних державних послуг. У даній справі, на відміну від двох попередніх, немає жодних побоювань, що ця вимога або інші подібні їй можуть перевищити

великі фінансові ресурси уряду Сполучених Штатів Америки. Тим не менш, виникають складні питання, які були відсутні в попередніх прикладах.

Важливе значення є питання, чи нав'язує DR-CAFTA своїм договірним державам позитивний обов'язок регулювати мінімально допустимий рівень? Чи несуть договірні держави фінансову відповідальність перед іноземними інвесторами за державне регулювання, помилки і невдачі? Якщо так, то за яких обставин і чи є з них виключення? Це доречно, в цілях забезпечення національних претензій позивачів, чи теоретично американський інвестор, що постраждав в Стенфордській схемі Понці, може якимось чином отримати компенсацію за помилки нагляду Техаської філії Комісії США з цінних паперів і бірж? Закон США про торгівлю 2002 [63] (19 Зводу законів США §§ 3801-3813) [64] обмежує виконавчу владу від укладення будь-яких договорів, які розглядають іноземних осіб краще, ніж громадян США в інвестиційних питаннях.

Розділом 3802 (б) (3) цього Закону («іноземні інвестиції») передбачено, що основними цілями переговорів Сполучених Штатів Америки щодо іноземних інвестицій є зменшення або усунення штучних чи спотворюючих торгівлю бар'єрів для іноземних інвестицій, забезпечуючи при цьому іноземним інвесторам в США не надання більш істотних прав відносно інвестиційних захисту, ніж інвесторам зі Сполучених Штатів в Сполучені Штати, і не забезпечувати інвесторів більшими правами, в порівнянні з тими, що будуть можливими у рамках правових принципів і практики Сполучених Штатів.

Чи є інші іноземні інвестори, які не є громадянами країн DR-CAFTA, що можуть отримати таку компенсацію? Стосовно «справедливого і рівноправного режиму» і претензій щодо «повного захисту і безпеки», текст DR-CAFTA спеціально обмежує зобов'язання договірних держав в рамках цих положень договору до звичайного мінімального стандарту лікування в міжнародному праві.

Проведений аналіз справ *Malaysian Historical Salvors*, *Suez*, *SGAB*, & *Vivendi v Argentina* та справи за схемою Понці від Аллена Стенфорда свідчить,

що юридичні та фактичні параметри, що лежать в основі трьох позовів вирізняються. Швидше за все справи відрізняються системою способів та порядком вирішення.

Заслуговує на увагу класифікація інвестиційних спорів за характером чинників (континуумів): соціально-правових, територіальних, і політичних.

Поділ інвестиційних спорів за критерієм соціально-правового чинника, полягає в розташуванні кожної конкретної справи між інвестором і державою в більш широкому контексті соціального і правового середовища, в якому вона виникла. Цей континуум має на меті об'єднати два основних типи інформації.

По – перше, наскільки вагомим є позивач по відношенню до загального числа осіб, які якимось чином вплинули на позитивні чи негативні дії уряду, які формують основу скарги? Як правило потребують розгляду в цьому випадку такі питання: – а) скільки окремих заявників беруть участь у справі? – б) не рахуючи позивачів, чи багато іноземних чи вітчизняних осіб, фізичних або юридичних, також постраждали або могли б стверджувати, що постраждали прямо від негативного впливу (шкоди) внаслідок урядового заходу (заходів), які утворюють підставу цієї скарги? – в) крім уряду держави-відповідача, чи багато іноземних чи вітчизняних осіб, фізичних або юридичних, одержали або могли б стверджувати, що отримали пряму позитивну перевагу в результаті державного заходу (заходів), які формують основу цієї скарги?

Для дослідження соціально-правового континууму важливе розуміння того, 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 іншого форуму, в якому вони не мають право доступу (наприклад, арбітражний суд між інвестором та державою).

Для цього необхідно розкрити питання : – г) серед усіх осіб які безпосередньо мали негативні наслідки, але не є заявниками в цьому випадку

(питання б), який відсоток має доступ до ефективного судового форуму, міжнародного або державного, до якого вони могли б потенційно подати схожі претензії до урядових заходів, які формують основу цієї скарзі? – д) серед усіх осіб які безпосередньо мали позитивні наслідки, як іноземні так і національні (до питання г), який відсоток з них може вважатися таким, що має свої інтереси ефективно представлені державою-відповідачем у цьому випадку?

Ці питання відіграють важливу роль при аналізі конкретної суперечки між інвестором та державою. До позову одного позивача, як правило, привертається менше уваги, ніж до одного позову, поданим тисячею позивачів. Кількість позивачів виступає однією з відповідних функцій.

Аналогічним чином, якщо претензії до уряду не зачіпають нікого, крім самих заявників (як це було в справі *Malaysian Historical Salvors*) є менше шансів публічного розгортання та розголосу суперечки. На відміну від справи, де міра правового захисту або засобів правового захисту для позивачів і непозивачів є помітно розбіжною (як це було у справі *Suez, SGAB, & Vivendi v Argentina*).

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

Класифікація інвестиційних спорів за критерієм територіального континууму (місцевого у транснаціональній) зумовлена географічним чинником. Основною метою територіального критерію є дослідження географічної широти спору, а саме визначення фактичного і потенційного впливу суперечки, а не формальної юрисдикції держави-відповідача за традиційними принципами міжнародного права. В даному 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 декілька умовних прикладів. Встановлення урядом більш високих стандартів, щодо викиду газоподібних речовин на підприємствах, що розташовані 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 іншої сторони, якщо газоподібні викиди перетнуть кордон і будуть зачіпати всю земну кулю, то нові стандарти встановлені державою можуть позитивно вплинути на всіх людей, тварин та рослин не тільки локально у країні, а у всьому світі. Даний приклад ілюструє актуальність територіального фактору.

Щодо юридичної територіальної сфери спору, припустимо, що іноземне підприємство подало скаргу в арбітраж проти приймаючої держави, з вимогою компенсації за скорочення прибутку через встановлення 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 та обов'язки тих, хто, не є учасниками договору. Стабілізаційне застереження є договірним положенням, в силу якого держава обіцяє не змінювати нормативне середовище (тобто, правові норми законодавства), в якому інвестиції працюють на шкоду рентабельності, як правило, протягом певного періоду часу (як правило 30 років). Це не означає, що стабілізаційне застереження у контрактах між інвестором і державою хороша ідея. Важко уявити собі ситуації, в яких уряд міг би обмежити свої власні можливості та відповідно відмовився у зміні економічних, соціальних, політичних чи екологічних умов. Доволі критично у своїх дослідженнях до стабілізаційних положень відносяться John Ruggie International Finance Corporation «Stabilization Clauses and Human Rights» (May 2008) [148], Robert Howse, «Freezing Government Policy: Stabilization Clauses in Investment Contracts», 3(1) Investment Treaty News (April 2011) [126]. А що робити, якщо інвестор стверджує, що екологічне регулювання порушує норми міжнародного права «стандарт справедливого і рівноправного режиму», що містяться в DR-CAFTA? У такому випадку, розгляд арбітражем правових вимог і заперечень

сторін спору приймає на більш широкий характер. Хоча формально розглядається конкретна справа між інвестором та приймаючою державою, рішення трибуналу несе потенціал, щоб змінити спосіб, яким інші держави та інші іноземні інвестори сприйматимуть подібні юридичні права і обов'язки. Тому екстериторіальні правові особливості конкретних спорів між інвестором та державою також повинні враховуватись в обговоренні відповідних методів для вирішення таких спорів.

Політичний континуум. Критерій політичності можливо розглянути за допомогою наступних питань: а) в якому типі і секторі інвестицій виникло питання? б) наскільки незвичайні і сміливі претензії інвестора? в) які потенціальні наслідки для індивідуального та зведеного бюджету від вимог позивача? г) в якому економічному і політичному кліматі, відбулися події, які стали причиною суперечки?

Щодо 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 і рівноправного режиму» а саме надання інвестору права отримати компенсацію за втрачену вигоду в результаті прийняття державою нових стандартів регулювання. [253]

Щодо питання бюджетних наслідків необхідно зауважити, що в реальному світі, державні витрати є нагальним політичним питанням. Отже, 300 млн. доларів збитків для Сполучених Штатів Америки були б краплею у фінансовому відрі, і в той же час з'їли б третину всього бюджету уряду Буркіна-Фасо [269]. В той же час очевидно, що збанкрутілий уряд, який скорочує основні пільги або підвищує податки своєму населенню для того, щоб передавати великі суми грошей для іноземних інвесторів не буде довго залишатися при владі. Звичайно дані питання лежать в площині рівня демократії в країні.

А аналіз політичного та економічного контексту передбачає необхідність врахування, різноманітних факторів, що можуть підняти складні міркування щодо конкретних суперечок. В якості прикладу, щоб спростити пояснення, виділимо три основні групи сценаріїв, з яких можуть виникнути суперечки інвестор-держава: звичайні часи, часи економічної кризи, і часи політичної кризи або перехідні. Останні два не завжди є взаємовиключними, і кожен з них може бути великою і дрібною кризою. Однак основним є те, що контекстні фактори можуть грати роль іноді навіть вирішальну щодо визначення юридичних прав і обов'язків у спорах між інвесторами та державними. Ця ідея закладена в міжнародно-правовій доктрині та договірному праві, при неможливості, зміні обставин, і форс-мажорних обставинах. Контекстні міркування іноді включені в двосторонніх інвестиційних договорів. Стаття XI двосторонньої інвестиційної угоди між Сполученими Штатами Америки та Аргентиною [67] передбачає при необхідності можливість відхилення від договірних зобов'язань для підтримання громадського порядку та в інтересах безпеки або міжнародного миру. Стаття 20 US Model BIT (2012) [68] дозволяє відхилення від договірних зобов'язань, пов'язаних з фінансовими послугами якщо це здійснюється на підставі пруденційного регулювання.

Справа *Piero Foresti and Others v. The Republic of South Africa* [188] ілюструє актуальність класифікації спорів в рамках політичного континууму. У цьому випадку, група європейських інвесторів вклали інвестиції в південноафриканські копальні з граніту 1990-х роках, та набули перелік зазначених прав власності відповідно до визначених законами того періоду норм. Новий, демократично обраний уряд вніс поправки до цих законів і прийняв ряд 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, даний позов був відкликаний, перш ніж підійшов час для прийняття рішення. Виникають абсолютно протилежні випадки, коли уряд змінюється в результаті військового перевороту, як це трапилося в Єгипті. Економічні кризи, в свою чергу, підвищують складність. Значення політичного континууму полягає в його здатності покласти всі ці потенційні політичні бурі на інвестиційних юристів, арбітрів та переговори.

2.2 Природа інвестиційних спорів

Перші інвестиційні спори, що виникали в результаті прийняття державою законів про націоналізацію, вирішувалися в межах дипломатичного захисту, відповідно 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, при виникненні міждержавного конфлікту, єдиним можливим способом вирішення спору за участю держави є звернення до міждержавного арбітражу. [97, с. 128]

Визначальне місце в питанні щодо природи інвестиційних спорів займає правова категорія «інвестиції». Для цілей цього дослідження при кваліфікації природи інвестиційних спорів доцільно використовувати поняття, передбачене статтею 25 Конвенції МЦВІС – спір, який виникає безпосередньо з інвестицій.

Міжнародна практика вирішення інвестиційних спорів свідчить, що суперечки, як правило, виходять за межі дії національної системи права. Із 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 зі сторін у спорі є сама держава.

Юридична природа інвестиційних спорів зумовлена наявністю кваліфікуючих ознак; – особливим складом учасників спорів (держава – з однієї сторони; іноземний інвестор – з іншої); специфікою предмета та особливим порядком врегулювання інвестиційних спорів. [104]

Іноземний інвестор оскаржує акти та заходи (або відсутність належних заходів), що прийняті суверенною державою. Тому характер заходів, або актів, що оскаржуються є – унікальними. Спир часто пов'язують з питаннями державної політики в інтересах суспільства, навіть якщо це може зашкодити індивідуальним інтересам, в даному випадку інтересам іноземної юридичної особи. Спир може перейти в геополітичний, коли застосовуються надзвичайні заходи необхідні для боротьби з фінансовою кризою. Крім того, міжнародні інвестиційні договори та 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 своєї природи чинного законодавства, суперечка регулюється міжнародним правом та виникає на підставі порушення міжнародного документа, а одним із джерел міжнародного права вважається інвестиційний договір.

По – друге природа існуючих засобів правового захисту є різною. На відміну від принципу міжнародного права, коли спір зачіпає суверенну державу та всупереч звичайним правовим спорам, система, що встановлена для вирішення суперечок між інвестором та державою ґрунтується на міжнародному арбітражі в якості головного 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 межах МЦВІС або до спеціального арбітражного розгляду за правилами ЮНСІТРАЛ. Іноді МІУ можуть не вимагати звернення до національних судів країни, що приймає. Подібні положення про врегулювання суперечок можуть також міститися в концесійних договорах, схемах приватизації, стабілізаційних угодах або звичайних державних контрактах.

По – третє, характеру відносин між сторонами, що сперечаються. У випадку існування між сторонами довгострокового зобов'язання, яке вимагає складного взаємозв'язку між двома сторонами в результаті ситуації взаємної залежності.

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 лише через десятків років. Таким чином, інвестор і держава можуть бути зобов'язані підтримувати робочі відносини, незважаючи на існування спору. [167]

Нарешті, суми коштів, що містяться в суперечках між інвестором та державою, за частую є завищені, в середньому перевищують в декілька разів у комерційному арбітражі.

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

Досліджуючи юридичну літературу, автор акцентує увагу на тому аспекті, що правники розмежовують поняття публічного і приватного за трьома класичними напрямками:

По – перше: відмінність між приватними та публічними особами;

По – друге: між публічним та приватним правом;

По – третє: між публічним та приватним міжнародним правом.

Природа інвестиційних спорів значною мірою зумовлена участю в них приватних та публічних осіб. Одним із можливих способів диференціації є дослідження публічних та приватних осіб, що беруть участь у спорі. За першим

способом віднести термін «публічне» виключно до держав та їх субнаціональних органів, а термін «приватне» до всіх недержавних суб'єктів. На практиці даний поділ публічне\приватне став проблемним питанням в справі *Abaclat and Others v. Argentina Republic* [189], де зокцентовано увагу, що державна скарбниця знаходилась під ризиком банкруцтва в випадку задоволення фінансових вимог приватних (недержавних) суб'єктів.

Другий напрямок класичного поділу публічного та приватного, це розмежування між індивідуальним і колективним. Справа *Suez* [216], ілюструє це використання протиставляючи контрактні права приватних (індивідуальних) інвесторів проти (колективного) права широкої громадськості на доступ до води. В процесі регулювання даної проблеми з'явилося змішання двох звичаїв. Наприклад, у спорі *Philip Morris*, існував ризик щодо приватного (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'єктним складом на підставі публічно/приватних відмінностей здається більш логічним з огляду на подальший характер потенційних спорів. Поділ на колективне/індивідуальне не відноситься до інвестиційного процесу законотворчості. Можна спробувати надати йому актуальність, ускладнюючи аналіз із 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 щодо ухвалення інвестиційного права в співвідношенні індивідуального та колективного.

На рівні вирішення спорів, навпаки, завжди є уряд на одній стороні і інвестор з іншої. Слушно зауважити, що не важливо виникає даний спір з порушення інвестиційного договору, статуту або договору про захист та заохочення інвестицій. Таким чином, усі спори виникають для врегулювання суспільних відносин між публічним та приватним правом. Однак, зміст даного

твердження руйнується при подальшому розгляді суті спорів. Більшість спорів, що виникають між інвестором і державою виходять з порушення звичайних комерційних операцій.

Щодо комерційних відносин, то слід зазначити, що в даному випадку 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 приватно права жертвуючи свої 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, а також двосторонніми інвестиційними угодами.

Імунітет ґрунтується на суверенітеті держав, їх рівності. Це означає, що жодна з них не може домінувати 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. За текстом Конвенції відображено, що якщо держава погодилася передати спір до інвестиційного арбітражу, то вона зобов'язується 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. По першій справі [191] за позовом було укладено мирову угоду, але на думку інвестора, Україна не виконала умов цієї угоди, тому ним було знову подано на розгляд до ІКСІД новий позов для вирішення інвестиційного спору.

Спори, що виникають з інвестиційних договорів та статутів відрізняються від контракту між інвестором і державою. Вони не можуть містити конкретні умови договору між інвестором і державою. Є низка договорів які містять, так звану – «*umbrella clause*» (парасолькове застереження), які зводять порушення

інвестиційного контракту в порушення міжнародної інвестиційної угоди і тим самим розширюють компетенцію міжнародного арбітражу з міжнародних інвестиційних угод. У даному випадку можна отримати кількість претензій за контрактом або договором.

Революційним інститутом міжнародного приватного права є «umbrella clause». Парасолькова клаузула або парасолькове застереження є положенням багатьох двосторонніх угод щодо захисту інвестицій, що зобов'язує державу дотримуватися будь-яких зобов'язань (переважно договірних) стосовно інвестицій. Невиконання цих зобов'язань може вважатися порушенням не лише договірному (контрактного) рівня, але й зобов'язань за двосторонніми угодами про захист інвестицій. Як правило, парасолькове застереження вважається таким, що містить матеріально-правові норми та не є юрисдикційним за своєю природою, хоча й має юрисдикційні наслідки. [268]. Це застереження зводить будь-яке порушення інвестиційного контракту в ранг порушення міжнародної інвестиційної угоди. Ця трансформація приватноправової протиправності в міжнародно-правову не раз ставала предметом розгляду в міжнародному інвестиційному арбітражі. Крім цього 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.

Не обов'язково суперечка має виникати між публічним і приватним суб'єктом. Державні підприємства складають незначну частку транснаціональних корпорацій в всьому світі, але їх зовнішні інвестиції склали 11% від глобальних потоків ПІІ в 2012 році. [161]

У той час як відносно невелике число країн підтримують суверенні фонди, тих що мають значну кількість активів управління, багато з яких вкладені за кордоном.

Більшість інвестиційних договорів та внутрішнє інвестиційне законодавство не виключають державних компаній або суверенні фонди зі своїх широких визначень інвесторів та інвестицій, тому цілком можливо мати

державних суб'єктів із обох сторін при суперечці. Ілюстрація такого випадку знаходиться в інвестиційному спорі в якому державне утворення (регіональний уряд Калінінград) був захищений інвестиційною угодою. [162]

З іншої сторони можливо мати приватних суб'єктів із обох сторін спору. Це може статися у випадку, коли держава делегує урядову функцію до недержавної компанії після чого компанія робить щось, що порушує інвестиційний договір держави або законні зобов'язання щодо іноземного інвестора.

Існує кількість досліджень, що пов'язані 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 межах міжнародного права. В таких випадках важко на початковому етапі поділити сторони інвестиційного спору на публічних та приватних суб'єктів. Так ст.5 Проекту статті про міжнародну відповідальність держав за протиправні діяння (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), що розроблені Комісією з міжнародного права передбачає: – поведінка фізичної або юридичної особи, яка не є органом держави відповідно до ст. 4, але є уповноваженою відповідно законодавству 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. [134]

Існує проблема щодо поділу суб'єктів на індивідуальних та колективних:

По – перше: чи можливо претензії кількох позивачів правильно класифікувати 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 з приводу того, що вважається одним колективом і хто отримує право говорити в колективних інтересах. У справі *Abaclat v. Argentine Republic* [192] 180000 заявників взяли участь у первісній подачі позову. Рішення МЦВІС, прийняте за справою від 4 серпня 2011р., визнало компетенцію арбітражного суду МЦВІС (рішення прийнято двома арбітрами, оскільки третій арбітр висловив окрему думку, що виражає його незгоду з таким рішенням) за позовом, спочатку складеним 180000 італійських володарів аргентинських боргових зобов'язань, кількість яких пізніше було скорочено до 60 тисяч. [193] Зазначена справа ілюструє чисельну кількість правових питань. Перш за все, виникає питання, чи може придбання державних позик вважатися інвестицією, що в свою чергу, обґрунтовує компетенцію арбітражного суду МЦВІС.

По – третє, питання про можливість подачі до суду колективного позову, в той час як ні Вашингтонська конвенція, ні Арбітражний регламент МЦВІС не містять норми, що відносяться колективного арбітражу (class arbitration).

По – четверте: чи міг арбітражний суд ігнорувати застереження про підсудність, що включена до кількості розглянутих державних боргових зобов'язань і передбачає в різноманітних випадках підсудність нью-йоркським, швейцарським або італійським судам, які встановлені в угодах державних судів? В результаті обговорення арбітраж ІСІД за більшістю голосів прийшов до висновку, що чисельна кількість позивачів – робить де-факто неможливим розглядати справу з усіма по порядку, й визначено рішення на користь колективного розгляду справи. Більшістю вирішено, що подібність претензій дозволить відповідачеві здійснити свої права на захист. За рішенням даної справи – трибунал відхилив більшість аргументів Аргентини, посилаючись на відсутність юрисдикції. З приводу можливості розгляду колективних позовів у

одному процесі, трибуналом вказано, що положення конвенції ICSID не виключають можливості подання позову більш ніж одним резидентом у межах одного арбітражного розгляду. Разом із тим, судом встановлено, що положення ДІУ та Конвенції МЦВІС припускають – змістовну єдність спору, переданого на розгляд арбітражу, й наявність такої єдності щодо даної справи може бути визначена лише на стадії розгляду по суті. Трибунал не знайшов перешкод для кваліфікації суверенних облігацій в якості інвестицій за Конвенцією МЦВІС, однак встановив, що питання щодо 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.

Інший визначальний критерій природи інвестиційних спорів, що пов'язано зі специфікою предмета спору. Міжнародні договори про заохочення та взаємний захист капіталовкладень, як правило, передбачають виплату компенсації інвестору в разі націоналізації або експропріації, або прийняття рівнозначних за наслідками заходів; відшкодування збитків, за наслідками військових дій; громадських заворушень або інших обставин; безперешкодне переведення інвестором за кордон доходів та інших платежів щодо капіталовкладень тощо.

Перераховані положення дають орієнтовне уявлення щодо характеру суперечок між іноземним інвестором і державою, які можуть бути передані до міжнародного арбітражу. Дані спори характеризуються не лише специфікою суб'єктного складу, але й особливостями свого предмета. Зазначені суперечки стосуються належного виконання державою своїх зобов'язань з регулювання інвестицій.

Предметна специфіка інвестиційних спорів зумовлює характер норм, що до них використовуються.

По – перше, це норми міжнародних договорів про захист інвестицій та інші норми міжнародного права. Разом із тим, неможна цілком абстрагуватись від питання про виконання іноземним інвестором норм національного права тієї країни, до якої направляються інвестиції, як умова надання захисту. На жаль

цей важливий аспект недостатньо чітко відображено в деяких чинних міжнародних актах. В реальності не всі питання, що виникають при вирішенні інвестиційних спорів, в належній мірі, адекватно врегульовані міжнародним правом. Це зауваження стосується як спорів, що пов'язані з дотриманням державою умов міжнародних договорів про захист інвестицій, так і в ще більшій мірі суперечок з інвестиційних угод між державою та іноземною особою. В останньому випадку прагнення відійти від можливих специфічних особливостей того або іншого національного права призводить до того, що на подібні угоди можуть поширюватися норми міжнародного права, які за своєю сутністю мало пристосовані для регулювання такого роду інвестиційних відносин.

За предметом спору інвестиційні спори можна поділити на три групи як такі, що пов'язані з:

- допуском інвестора до реалізації інвестиційної діяльності;
- реалізацією інвестиційного проекту, ті що виникають безпосередньо при здійсненні інвестиційної діяльності;
- припиненням інвестиційної діяльності.

У свою чергу, спори, що пов'язані з реалізацією інвестиційного проекту, можуть бути класифіковані на види в залежності від форми здійснення інвестування. Це спори зі:

- здійснення прямого інвестування;
- портфельні інвестиції;
- іноземні інвестиції. [117, с. 336-337]

Залежно від змісту інвестиційної діяльності можна виділити наступні спори щодо:

- Інвестицій в капітальному будівництві;
- Контрактних форм інвестиційної діяльності;
- Договору франчайзингу;
- Діяльності ПФів;
- Діяльності пенсійних фондів;

–Інвестиційної діяльності в житловому будівництві.

Як вже зазначалось, одну з категорій спорів становлять спори між інвестором та приймаючою інвестиції державою. Прийнято вважати, що дану категорію інвестиційних спорів можна поділити на три групи.

До першої – належать інвестиційні спори, які стосуються умови та порядку виплати компенсації в разі націоналізації та здійснення інших примусових заходів, відшкодування збитків у випадку збройних конфліктів, заподіяння збитків інвестору діями органів держави та посадових осіб в аналогічних випадках.

До другої – включаються різноманітні майнові та господарські спори: – між учасниками спільних підприємств; – одного учасника з самим спільним підприємством; – між підприємствами та фірмами країни місцезнаходження підприємства з іноземними інвестиціями; – з юридичними та фізичними особами інших країн.

На думку М. М. Богуславського, вищезазначені спори можна визначити як інші спори, що пов'язані із здійсненням іноземних інвестицій. Однак, як зазначено, за своєю природою, це не є суперечки з державою, а вважаються різноманітними цивільно-правовими спорами між рівноправними суб'єктами [911, с.194-195].

Третя група – охоплює спори між інвестором та органами державної влади. За своїм характером це суперечки вважаються адміністративно-правовими.

Загальний характер положень міжнародних договорів про захист інвестицій, наявність певних прогалин щодо регулювання інколи ускладнює передбачений результат з одного або іншого спору. Так само слід зазначити щодо причини, що веде до підвищення ролі судової та арбітражної практики стосовно даних категорій справ.

Міжнародні інвестиційні спори між державами виникають у зв'язку з різним тлумаченням і застосуванням положень міжнародних інвестиційних договорів та угод. Міжнародні інвестиційні спори виникають із порушень положень міжнародних інвестиційних угод, які можуть завдавати шкоди

правам іноземних приватних інвесторів. Оскільки спір виникає з порушення прав інвесторів, більшість сучасних інвестиційних угод передбачено правом інвесторів передавати спір до незалежного арбітражного або судового органу.

Інвестиційні спори між приймаючою державою та інвестором, що виникають з порушення міжнародних інвестиційних договорів, можуть стати предметом міждержавного спору лише за взаємною згодою приймаючої держави та держави інвестора. Відповідно до положень норм міжнародного права, широко визнаних доктриною і практикою, інвестиційний спір між приймаючою державою та інвестором іншої держави може стати предметом захисту з боку держави інвестора лише у випадку, коли будуть застосовані всі внутрішньодержавні засоби правового захисту відповідно до законодавства приймаючої держави. Сучасні міжнародні інвестиційні угоди передбачають взаємні права та обов'язки інвесторів та приймаючих інвестиції держав як об'єкт міжнародно-правових зобов'язань. Порушення прав і обов'язків із боку приймаючої інвестиції держави може слугувати підставою виникнення міждержавного спору. Процедури врегулювання міждержавних інвестиційних спорів, пов'язаних із захистом прав іноземних приватних інвесторів, містяться в положеннях двосторонніх інвестиційних договорів (ДІД).

Чисельність чинних двосторонніх інвестиційних договорів містять зобов'язання сторін проводити консультації щодо будь-якого питання, що стосується зазначеної угоди, з ініціативи будь-якої сторони. Наприклад, ст. VI договору між Сполученими Штатами Америки та Аргентиною про взаємне заохочення та захист інвестицій встановлює, що сторони зобов'язуються на прохання однієї з них негайно брати участь у консультаціях із метою вирішення будь-яких суперечок щодо даного договору або обговорення будь-якого питання, що належить до тлумачення або застосування даного договору» [36]. Аналогічна норма була включена в багато двосторонніх інвестиційних угод укладених США.

На практиці зустрічаються міжнародні інвестиційні договори, в положеннях яких спеціально закріплюється згода держав-учасниць на розгляд

їх суперечок із інвесторами інших держав-учасниць в незалежних міжнародних арбітражних або судових органах без застосування вимоги про вичерпання місцевих адміністративних і судових засобів захисту [94, с.45]. В тексті таких угод одночасно передбачається порядок вирішення міждержавних суперечок.

Таке поєднання арбітражного застереження щодо положень про врегулювання міжнародних суперечок між договірними державами залишає ймовірність виникнення паралельних процедур врегулювання спорів між державами в межах здійснення дипломатичного захисту. Паралельний розгляд спору за одними фактичним підставам може призвести до прийняття рішень, що суперечать по одному і тому ж спору. Щоб уникнути подібних правових проблем деякі угоди передбачають відмову держави від права на здійснення дипломатичного захисту в разі початку безпосереднього розгляду спору між іноземним інвестором і державою, що приймає. Прикладом може слугувати Вашингтонська конвенція (1965 р.) «Про врегулювання інвестиційних спорів між державами та іноземними особами», посилення на яку містять багато двосторонніх інвестиційних угод. Пункт 1 ст. 27 зазначеної Конвенції передбачає, що жодна Договірна держава не надає дипломатичного захисту і не пред'являє міжнародного позову стосовно спору, який одна з його фізичних або юридичних осіб та інша договірна держава погодилися передати або передали в арбітраж на підставі цієї Конвенції, крім випадку, коли інша така договірна держава не дотримується або не виконує арбітражне рішення, винесене щодо такого спору.

На сьогодні переважаючим способом врегулювання інвестиційних спорів є інституційний арбітраж. У той же час арбітраж *ad hoc* до сих пір продовжує відігравати суттєву роль, особливо якщо до суперечок залучені дві держави – приймає інвестиції та походження інвестицій. Ці два види вирішення інвестиційних суперечок складають міжнародний інвестиційний арбітраж.

У дослідженні, проведеному ОЕСР з 1660 МІУ, 93,5 відсотків становлять положення, що передбачають процедуру міжнародного арбітражу. [138]

Як правило, МІУ визначає форум, який буде використовуватися для вирішення інвестиційних спорів. Міжнародний центр із врегулювання інвестиційних спорів (МЦВІС) є історично одним із найбільш використаних у цих положеннях (61%); після Комісія ООН із міжнародного права ЮНСІТРАЛ (26%). Торгова палата Стокгольма (SCC) (5%) і Міжнародна торгова палата (ІСС) також використовуються, хоча і менш часто.

Крім двосторонніх міжнародних договорів про сприяння та захист інвестицій, кількість багатосторонніх конвенцій відносять інвестиційні спори до юрисдикції МЦВІС. До них, зокрема, належить: Північноамериканська угода про вільну торгівлю від 17 грудня 1992 р. [31], ст. 1120 зазначається, що по завершенні шести місяців після сплину подій, які стали підставою для виникнення інвестиційного спору, сторони спору можуть звернутися до МЦВІС. Якщо ж іноземний інвестор або держава, на території якої ці інвестиції вносилися, не є членом Конвенції, відтоді їх спір має розглянути МЦВІС на основі Додаткових заходів.

У міжнародно-арбітражній практиці з вирішення інвестиційних спорів став загальноприйнятий, підтверджений в договірному порядку зв'язок між іноземним інвестором і державою реципієнтом. Дотримання цих принципів у суперечці дозволяє сторонам уникнути звинувачення в порушенні принципів міжнародного права і, як результат – врегулювати інвестиційний спір у межах міжнародно-правових норм.

Держави, укладаючи універсальні міжнародні багатосторонні договори, регіональні міжнародні багатосторонні договори, а також міжнародні двосторонні договори у сфері регулювання іноземних інвестицій, беруть на себе міжнародні зобов'язання брати участь у вирішенні інвестиційних спорів (в переважній більшості випадків в якості відповідача) в міжнародних інституціональних арбітражних судах і міжнародному арбітражі *ad hoc*.

Необхідно зазначити, що діяльність МЦВІС не обмежується врегулюванням інвестиційних спорів у межах Вашингтонської конвенції. У 1979р. МЦВІС прийняв Правила додаткових процедур (Additional Facility

Rules), які на сьогодні є чинними в редакції від 10 квітня 2006 р. Згідно правила, МЦВІС може розглядати спори, що виходять за межі Вашингтонської конвенції. Зокрема це спори, в яких беруть участь не лише держави - учасниці Конвенції, а також вирішення не інвестиційних спорів, які у той же час виходять за рамки звичайних комерційних спорів, якщо хоча б одна зі сторін спору є державою - учасницею Конвенції. [92]

Сьогодні практично в будь-якому інвестиційному контракті міститься застереження про передачу спорів до міжнародного інвестиційного арбітражу. При цьому основна роль належить спеціалізованому арбітражу МЦВІС. Вашингтонська конвенція (1965р.), на підставі якої створено МЦВІС, ратифікована 140 країнами.

Держава повинна дотримуватися своїх зобов'язань, даних не лише іншій суверенній державі, а й іноземній юридичній або фізичній особі. Це правило не одноразово підтверджувалося в міжнародних судових рішеннях, наприклад, повага до контрактних зобов'язань є фундаментальним принципом права, який постійно підтверджується міжнародними судами. Правило *pacts sunt servanda* є основою всіх контрактних відносин» [132].

Компетенція МЦВІС детально викладено у ст.25 Конвенції, де зазначено, що до компетенції Центру належить вирішення правових спорів, які виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних із інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про який повідомлено Договірною державою Центру) та особою іншої Договірної держави, за умови наявності письмової згоди учасників спору про передачу такого спору для вирішення Центру. Сторони, що досягли такої згоди не вправі відмовитися від неї в односторонньому порядку [31, ст.25].

Проте, щоб задовольнити юрисдикційні вимоги Конвенції МЦВІС, інвестор має показати: – 1) існування правового спору; – 2) спору, що виникає безпосередньо з інвестицій; – 3) спір, що виникає між урядом, як учасником Конвенції МЦВІС і приватним інвестором іншої країни, яка є учасницею

Конвенції МЦВІС; – 4) за наявністю згоди обох сторін передати спір юрисдикції МЦВІС для вирішення спору.

З метою розширення юрисдикції Центру 27 вересня 1998 року, було прийнято Додаткові правила механізму розгляду спорів та процедури зі встановлення фактів, що дозволяють МЦВІС врегулювати в межах арбітражного розгляду або примирення непередбачених Вашингтонською конвенцією (1965р.) спори між державами та інвесторами. Це, зокрема, спори за участю сторони, яка не є або не належить державі, що підписала Вашингтонську конвенцію (1965р.), або розбіжності, що не пов'язані з інвестиціями.

Вашингтонська конвенція не містить конкретних положень щодо застосування положень міжнародним правом. Самостійні норми та принципи міжнародного інвестиційного права розроблялися окремо за допомогою практики міжнародного інвестиційного арбітражу, особливо в 60-80-х рр. ХХ ст.

Рішення арбітражу МЦВІС є обов'язковим для обох сторін договору й не може бути оскарженим національно-правовими засобами. Головним вважається, що після прийняття рішення арбітражем МЦВІС державні суди не мають права скасувати дане рішення. Країна-реципієнт зобов'язана розглядати рішення арбітражу МЦВІС, що набрали чинності як рішення своїх національних судів і гарантувати їх виконання на підставі внутрішньодержавних правил виконавчого провадження. Імунітет держави-реципієнта від примусового виконання іноземного арбітражного рішення залишається незмінним в традиційному міжнародно-правовому розумінні.

2.3 Особливості окремих категорій інвестиційних спорів

Класифікація спорів за стандартами допуску іноземних інвестицій.
Держави традиційно мають абсолютні права, що визнані міжнародним правом, контролювати в'їзд і режим знаходження іноземців, у тому числі іноземних

інвесторів, на їх території держави. Сучасній світова економіка приділяє значну увагу питанню про здебільшого відкриту політику щодо допуску іноземних інвесторів.

Стандарти недискримінації зустрічаються в договорах міжнародної торгівлі, це зокрема стандарт національного режиму (NT) і режиму найбільшого сприяння нації (MFN).

В основі розподілу, запропонованих окремих категорій інвестиційних спорів, знаходиться специфіка предмету спору. При застосуванні критерію предмета спору, найбільш відображається специфіка інвестиційних спорів. За даним критерієм виділяють три категорії спорів:

- спори, що пов'язані з допуском інвестора до здійснення інвестиційної діяльності;
- спори, що пов'язані з реалізацією інвестиційного проекту, наприклад, такі, що виникають безпосередньо при здійсненні інвестиційної діяльності;
- спори, що пов'язані з припиненням інвестиційної діяльності.

Стандарти щодо допуску інвестицій. Інвестиційний процес традиційно складається з двох послідовних етапів: фаза «передінвестиційна», допуск та прийом, коли інвестор прагне ввійти на територію приймаючої держави та «пост-інвестиційна» фаза, коли інвестиції були направлені. [145]

Міжнародні інвестиційні проекти, піддаються великим і різним видам ризику порівняно з внутрішнім ринком інвестора.

Деякі з найбільш поширених ризиків включають питання щодо дискримінації, політики, економіки, громадських заворушень і нестабільності влади.

Ризик дискримінації передбачає, що інвестиції можуть бути піддані дискримінації з боку уряду приймаючої держави, в процесі захисту державою своєї національної промисловості. Такі дії можуть перешкоджати, обмежити або пошкодити новим та існуючим проектам. Наприклад, скасування або запит для перегляду контрактів із державою або державним утворенням; відміна

імпортних або експортних ліцензій; нездатність конвертувати або переводити валюту; оплата за замовчуванням державного органу.

Політичні ризики передбачають неконтрольовані дії уряду, наприклад, відсутність належного процесу в місцевих судах, оманлива поведінка уряду.

Глобальні економічні ризики включають коливання обмінного курсу, мінливість цін на нафту та сировину, погіршення світової економіки.

Під ризиком цивільних заворушень розуміються ситуації в яких активи можуть бути пошкоджені, знищені або втратити значну цінність за часів бойових дій, збройного конфлікту, революції, громадянського бунту чи надзвичайного стану.

У ситуаціях нестабільності уряду інвестиційний клімат може стати несприятливим або невизначеним.

Очевидно, що деякі з цих ризиків, такі, як зміни в світовій економіці, неминучі та мають бути враховані при плануванні прямих іноземних інвестицій (ПІІ).

Тим не менше, інші ризики, наприклад ті, які виникають із дій уряду, можуть бути значно зменшені або навіть усунуті, скориставшись міжнародними інвестиційними договорами.

Спори, що пов'язані з допуском інвестицій. За своєю сутністю дана категорія спорів є переддоговірною, оскільки виникають з процедур які передують процесу інвестування. Наприклад, відмова в допуску до участі в аукціоні або конкурсі; оспорювання результатів конкурсів, аукціонів, що проводяться для укладання інвестиційних угод; відмова від укладення інвестиційної угоди.

Положення щодо допуску інвестицій нерідко містяться в ДІД (UNCTAD, 1998b), регіональних та багатосторонніх інструментах, а також багатосторонніх угодах, що стосуються інвестицій. On the admission of investment, UNCTAD [145], визначає п'ять моделей або підходів у цій сфері. Кожна з них представляє точку уздовж континууму від повного державного контролю за допуском інвестицій у країну до повної лібералізації.

– *Модель управління інвестицій.* Ця модель поширена в більшості ДД, хоча існують деякі винятки, зокрема, договори підписані США, а останнім часом, Канадою. Вона визнає обмеження та управління з прийому ПІ, передбаченому законами і правилами приймаючої країни. Модель не пропонує позитивного права ввезення та залишає це питання на розсуд національного законодавства.

– *Вибіркова модель лібералізації.* Цей підхід пропонує обґрунтовану лібералізацію шляхом узгодженого «Opt-In» з боку приймаючої держави, в результаті створення позитивного переліку галузей, до яких допускаються інвестиції.

– *Регіональна модель програми індустріалізації.* Деякі регіональні групи експериментували з наднаціональними інвестиційними програмами. Вони включають режими для заохочення внутрішньо регіональних інвестицій, у тому числі створення регіональних підприємств із капіталом, більш ніж однієї країни-члена. Дана модель виникла з практики деяких регіональних організацій економічної інтеграції, де права допуску пропонуються тільки для інвесторів розташованих у державах-членах, які або мають громадянство такої держави та/або є резидентами бізнес-цілей в державі-члені.

– *Комбінована модель або модель найбільшого сприяння.* Дана модель застосовується в практиці інвестиційних угод США. Мета полягає в розширенні права на допуск інвестицій, наскільки це можливо, тим самим дозволяючи інвесторам із держав що підписали, отримати ті ж права доступу, як найбільш сприятливого третього інвестора в країні.

Слід зазначити, що кожна модель є ідеальним типом, який часто змінюється в практиці шляхом переговорів для досягнення балансу інтересів між сторонами у співвідношенні ступеня лібералізації і ступеня необхідного контролю.

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про режим іноземного інвестування», відносини, що пов'язані з іноземними інвестиціями в Україні, регулюються цим Законом, іншими законодавчими актами та міжнародними договорами України.

Якщо міжнародним договором України встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України про іноземні інвестиції, застосовуються правила міжнародного договору. [6]

При проведенні аналізу двосторонніх угод України на предмет гарантій заохочення та допуску інвестицій спостерігається, що в положеннях угод вказується на наміри сторін сприяти та допускати інвестиції одна одній згідно до норм законів приймаючої держави.

Ст. 3 Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Польща про взаємне заохочення та захист інвестицій передбачає, що по – перше: кожна з Договірних Сторін буде заохочувати на території своєї держави інвестиції інвесторів держави іншої Договірної Сторони та допускати до таких інвестицій у відповідності до внутрішнього законодавства та нормативних актів; по – друге: якщо Договірна Сторона допустила інвестиції на території своєї держави, цією Стороною будуть видані відповідно до національного законодавства та інших нормативних актів своєї держави необхідні дозволи, що пов'язані з такими інвестиціями з виконанням ліцензійних угод та угод про технічну, торговельну або адміністративну допомогу. Кожна з Договірних Сторін буде, в разі необхідності, докладати всіх зусиль з метою надання необхідних дозволів на діяльність радників та інших кваліфікованих осіб, що мають іноземне громадянство. [37]

Аналогічні за змістом норми містяться в ряді угод, укладених Україною з іншими державами: Ст. 3 Угоди між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій [38]; Ст.2 Угоди між Урядом України та Бельгійсько-Люксембурзьким Економічним Союзом про взаємне заохочення і захист інвестицій [24] – передбачають сприяння допуску інвестицій на територію кожної з договірних сторін.

Ст. 2 (Допуск) Керівництва з регулювання іноземних інвестицій, розробленого і прийнятого Світовим Банком в 1992 р. передбачає, що кожна держава зберігає за собою право регулювати допуск іноземних приватних інвестицій. При формулюванні норм і при їх застосуванні держави братимуть

до уваги, що відкритий доступ, можливо, в межах переліку галузей, відкритих для іноземних приватних інвестицій (при існуванні списку обмеженого числа галузей, видів діяльності, закритих для іноземних інвестицій або таких, що потребують оцінки умов допуску, ліцензування – є найбільш ефективним вирішенням проблеми правового регулювання іноземних інвестицій». Уніфікація національних законів про іноземні інвестиції на підставі рекомендацій Світового Банку забезпечує реалізацію державою своїх прав з управління іноземними інвестиціями і водночас сприяє їх припливу до національної економіки. [152]

У наданих положеннях розглядається питання про допуск іноземних інвестицій в приймаючі країни. Аналогічно до відповідних вступних положень більшості двосторонніх інвестиційних договорів та чисельності багатосторонніх інструментів і національних інвестиційних кодексів наявна необхідність приймаючій країні заохочувати іноземні інвестиції.

Особливу увагу слід приділяти необхідності уникати надмірного регулювання та в зведенні непотрібних бюрократичних перешкод для допуску інвестицій. Головні принципи можуть бути порівнянні з багатьма національними інвестиційними кодексами, які прагнуть залишити в минулому процедури допуску, а у випадку необхідності проводити такі процедури за системою «єдиного вікна» для інвестиційних погоджень. [141]

Положення про допуск інвестицій існують у всіх правових системах, але в свою чергу держава може вводити свої правила. У цьому відношенні, керівні принципи узгоджуються з більшістю двосторонніх і багатосторонніх інвестиційних договорів, які також визнають, що допуск іноземних інвестицій, в кінцевому рахунку кожна держава визначає і регулює в своїх законах, здійснюючи свій суверенітет.

Однак, п. 3 ст. II Керівництва з регулювання іноземних інвестицій застерігає від обмежувального підходу і, зокрема, проти включення до таких законодавчих актів деяких вимог до продуктивності (наприклад, мінімальне місцеве володіння та питань кадрів або експортних цілей) як умови допуску

іноземних інвестицій. Як показує досвід введення таких вимог може стримувати інвестиції або стимулювати зловживання. Відображаючи цей досвід, вимоги до продуктивності цих видів насправді стають рідкісними в національних інвестиційних кодексах. Прийняття таких кодексів робить допуск інвестицій значною мірою автоматичним процесом, який обмежується виключеннями або вимогами затвердження до зазначених видів інвестицій.

Держави можуть відкрити допуск до інвестицій без необхідності попереднього схвалення, але виключити зі своєї території іноземні інвестиції, які загрожують національній безпеці при чітко визначених вимогах або належать до секторів захищених законом держави для цілей економічного розвитку держави або національним інтересами. Крім цього, можуть бути застосовані й інші винятки, які будуть застосовуватися в рівній мірі до національних та іноземних інвестицій. Такі винятки будуть ставитися до інвестицій, які суперечать публічному порядку («державній політиці»), тобто інвестиції, які порушують фундаментальні цінності суспільства в даній країні, як визначено в законах і судовій практиці, і інвестиції, які негативно впливають на навколишнє середовище або охороні здоров'я.

Конвенція МЦВІС приділяє менше уваги питанню про підсудність вступних суперечок. З цього приводу А. Parra зазначив, що положення із врегулювання інвестиційних спорів деяких останніх ДІД, у тому числі ДІД, що розроблено в США, стосуються спорів щодо допуску інвестицій. У тих випадках, коли спір виникає з відмови в прийнятті, то можна стверджувати, оскільки немає насправді ніяких інвестицій, спір не може виникати, отже він буде виходять за межі Конвенції МЦВІС. [120]

Справа *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* передбачає, арбітраж остаточно не виключає захист у питанні допуску інвестицій з дії Конвенції МЦВІС. Суд зазначив, що поки не було ніяких перешкод *Generation Ukraine*, у власності *Heneratsiya* [інвестор], не може бути ніякого «інвестиційного спору», що передбачено ст. VI інвестиційної угоди, до тих пір поки не будуть зроблені інвестиції від *Heneratsiya* в *Parkview* проект. Хоч у даному випадку українські

чиновники зробили складним для Heneratsiya вкласти інвестиції, даний факт не може привести до інвестиційної спору, хіба тільки позивач може звертатися до передінвестиційного захисту. Такі заходи захисту існують у різних міжнародних договорах (наприклад, право на створення бізнесу або участь у тендері на контракти без дискримінації), але на таке право не було посилення». [194]

У справі *Aguas del Tunari v. Bolivia* [195], трибунал не розглядав можливість арбітражу за Конвенцією МЦВІС заперечуючи вступні спори, але інтерпретували положення про допуск інвестицій. Ст.2 МІУ між Болівією та Нідерландами передбачає, що кожна з Договірних Сторін в межах своїх законів і правил розвитку економічного співробітництва шляхом захисту на своїй території інвестицій, осіб іншої Договірної Сторони. З урахуванням його права на здійснення повноважень, за своїми законами або правилами, кожна з Договірних Сторін допускає такі капіталовкладення» [44].

Болівія в цьому випадку заперечувала проти юрисдикції трибуналу зазначаючи, що ст.2 буде ставитися до болівійської права як основи до якої інвестиції позивача будуть піддані, вимагаючи розгляд справи виключно під юрисдикцією болівійських судів. *Aguas del Tunari* з іншого боку, не згоден з інтерпретацією Болівії. Як аргумент стверджувалося, що ст.2 МІУ буде стосуватися лише допуску інвестицій до Болівії та ринку Болівії, та таке тлумачення цього положення виходить за межі первісної мети інвестиційної угоди.

Арбітраж дійшов висновку, що посилення на положення внутрішнього законодавства Болівії включені до ст. 2 угоди між Нідерландами та Болівією не поширюється на аспекти національного законодавства, які стверджують виключну юрисдикцію національних судів у спорах, що впливають з міжнародної угоди. Трибунал зауважив, що основна мета МІУ це згода на МЦВІС як незалежного та нейтрального форуму для вирішення інвестиційних спорів у відповідно чинному законодавству є основною в зазначеній угоді. У

цьому контексті, Трибунал зазначає, що держави-учасниці не можуть робити посилання на національне законодавство (ст.2), переважаючи мету угоди.

Незалежно від того, чи суперечки щодо прийняття інвестицій можуть бути передані до арбітражу відповідно до МЦВІС Конвенції чи ні, можливе звернення до інших арбітражних механізмів, такі як UNCITRAL, ICC та торгової палати Стокгольму (Stockholm Chamber of Commerce) не включають аналогічні вимоги МЦВІС.

Стандарти щодо реалізації інвестиційного проекту. Однією з особливостей інвестиційних спорів за їх предметом є визначений порядок реалізації інвестиційного проекту. Інвестиційний проект є конкретною мотивацією деяких поточних витрат в плануванні на майбутні вигоди. Життєвий цикл інвестиційних проектів включає кілька етапів, а саме: – етап розробки концепції; – етап його виконання та етап її реалізації, що характеризуються чіткими результатами; – етап аналізу; – прийняття рішень для наступного етапу. Прогрес інвестиційного проекту вимагає специфічних методів роботи та адекватних принципів, за умови системного підходу.

З економічної точки зору відомо кілька визначень інвестиційних проектів.

По – перше, під цим поняттям розуміється система сформульованих у межах цілі, що створено або модернізовано для реалізації фізичних об'єктів, технологічних процесів, технічної та організаційної документації для них, матеріальних, фінансових, трудових та інших ресурсів, а також управлінських рішень і заходів щодо виконання;

По – друге, інвестиційний проект – це справа, діяльність, заходи, які передбачають здійснення комплексу будь-яких дій, що забезпечують досягнення цілей (одержання певних результатів), тобто і документація, і діяльність. [267]

Закон України «Про інвестиційну діяльність» (ст.2) дає визначення інвестиційного проекту – як сукупності цілеспрямованих організаційно-правових, управлінських, аналітичних, фінансових та інженерно-технічних заходів, які здійснюються суб'єктами інвестиційної діяльності та оформлені у

вигляді планово-розрахункових документів, необхідних та достатніх для обґрунтування, організації та управління роботами з реалізації проекту. Розробленню інвестиційного проекту може передувати розроблення проектної (інвестиційної) пропозиції. [8]

Зазначений вище закон також передбачає систему гарантій у випадку зміни законодавства, що визначають гарантії захисту іноземних інвестицій та гарантії щодо примусових вилучень, а також незаконних дій державних органів та їх посадових осіб під час здійснення інвестиційної діяльності.

На етапі реалізації інвестиційного проекту більшість спорів, що пов'язані з порушенням умов здійснення інвестиційної діяльності, пов'язаних з зміною законодавства, односторонньою зміною державою-реципієнтом умов інвестиційної угоди, у зв'язку з істотною зміною обставин, виходячи з яких було укладено інвестиційну угоду.

На думку С.І. Крупко, інвестиційні спори, пов'язані зі зміною умов здійснення інвестиційної діяльності, виникають у трьох випадках:

- унаслідок зміни законодавства приймаючої держави;
- в результаті односторонньої зміни приймаючою державою умов інвестиційної угоди;
- у зв'язку з істотною зміною обставин, виходячи з яких було укладено інвестиційну угоду. [104, с.40]

Інвестиційний проект, який реалізується на основі інвестиційної угоди, зазвичай носить довгостроковий характер і пов'язаний з капіталовкладеннями. Отже, для інвестора важлива гарантія стабільності умов здійснення інвестиційної діяльності. При нестабільності даних умов інвестору буде важко досягти результату в терміни, які були передбачені в інвестиційному проекті.

Міжнародні інвестори і кредитори стикаються з ризиком експропріації їх інвестицій до проекту. Проекти в іноземних юрисдикціях і, зокрема, в політично нестабільних або країнах, що розвиваються повинні бути структуровані, щоб гарантувати, договором про захист для забезпечення збереження таких інвестицій.

Історично склалося, що відсутність належних механізмів, відкритих для іноземних інвесторів, щоб захистити проекти і пов'язані з ними ризики викликало обмеження в потоці міжнародних інвестицій у деяких країнах. В останні роки спостерігається помітне збільшення числа інвесторів, які претендують на відшкодування з держав, що приймають інвесторів, відшкодування від експропріації своїх проектів.

Під час реалізації інвестиційного проекту інвестори часто зазнають проблем пов'язаних з експропріацією. Експропріація це привласнення проекту з боку держави, для суспільних чи інших цілей. На базовому рівні експропріації можна поділити на прямі та непрямі.

При прямій експропріації держава здійснює свій суверенітет над проектом або на індивідуальній основі, або як частина ширшої програми масштабної націоналізації. Пряма експропріація передбачає дії держави на передачу проекту від інвесторів до держави і надання чітких підстав для постраждалих інвесторів на отримання компенсації від держави; наприклад, після експропріації Венесуелою нафтових проектів *Ogino Belt* у 2007 році, іншими словами, інвестори мають певний період часу на дії для визначення відповідальності держави.

Непряма експропріація описується в коментарях по-різному: як замаскована, повзуча і непряма експропріація, наприклад відмова відновити або відкликання ліцензії (*Tecmed v Mexico*) [195], підрив договірних відносин (*CME v Czech Republic*) [69] і припинення контрактів з недоречних причин (*Azinan v Mexico*) [198].

Питання видачі ліцензій, дозволів і оподаткування стосовно конкретного інвестора. Будучи спрямованими проти конкретного інвестора, такі заходи можуть значно погіршити його положення в процесі реалізації інвестиційного проекту у країні. Так, у справі «*Wena Hotels Ltd.*» проти Арабської Республіки Єгипет [199] міністерство туризму Єгипту здійснило втручання в діяльність компаній, які володіли ліцензіями на експлуатацію готелів, орендованих компанією «*Wena Hotels Ltd.*», що не дозволило останній здійснювати

управління ними. У 1989 і 1990 рр. британська компанія «Wena Hotels Ltd.» (орендар) уклала дві довгострокові угоди з єгипетською компанією «Egyptian Hotels Company» (орендодавець), яка повністю належала єгипетському уряду. Предметом договорів була оренда і розвиток двох готелів - «Nile Hotel» в Каїрі (на 21,5 років) і «Luxor Hotel» в Луксорі (на 25 років). Згідно з цими договорами, компанія «Egyptian Hotels Company» не повинна була втручатися в управління готелями або в орендні відносини, а виступати лише орендодавцем готелів. Однак незабаром після укладання угод між сторонами виникли проблеми щодо відповідних зобов'язань сторін. «Wena Hotels Ltd.» порахувала, що отримала готелі в стані гіршому, ніж було встановлено договорами, і втримала частину орендних платежів. Єгипетська сторона в свою чергу заявила, що «Wena Hotels Ltd.» порушує свої договірні зобов'язання. У 1991 р. після того, як сторони не змогли знайти виходу з ситуації, компанія «Egyptian Hotels Company» прийняла рішення повернути собі володіння готелями силою. У 1992 р. головний прокурор Єгипту постановив, що захоплення готелів було незаконним. Готелі були повернуті позивачу у пошкодженому стані. Більше того, втручання міністерства туризму Єгипту в сферу дії ліцензій на готелі знову завадило компанії «Wena Hotels Ltd.» здійснювати свої права щодо готелів.

Відомі випадки зміни державою нормативно-правової бази. Дані заходи, на відміну від попереднього випадку, націлені на всю економіку держави. У справі «Sempra Energy International» проти Аргентини держава змінила тарифне законодавство і відмінила гарантії, надані інвесторам в період приватизації в країні, згідно з якими тарифи в галузі транспортування газу повинні були рахуватися в американських доларах, а потім конвертуватися в аргентинські песо. [200]

Більш того, ці тарифи мали коригуватися кожні півроку для обліку інфляції в країні. Трибунал порахував, що Аргентина порушила стандарт справедливого і рівного ставлення з іноземними інвесторами і «umbrella clause».

Отже, втручання держави у діяльність інвесторів приймає різні форми. Перелік таких категорій справ не є вичерпним і може включати інші варіанти.

Для інвестора та його кредиторів головна проблема в тому, що немає чіткої дії держави і як такого моменту, з якого повинна нараховуватися компенсація. Тому інвестору може бути неясно, чи повинен він продовжувати працювати над неприбутковим проектом або відмовитися від нього і намагатися стверджувати, що експропріація сталася через непряме втручання держави.

Варто зазначити, що не всі зміни в законодавстві або в регулюванні з боку держави, що призвели до збитків під час реалізації проекту можуть бути класифіковані як експропріація. Недискримінаційні заходи, які діють на законних підставах, прийняті державою, в тому числі введення квот, зміни в оподаткуванні, охорона навколишнього середовища, трудове законодавство й інші заходи, не можуть вважатися експропріацією, незважаючи на втрати, понесені інвестором і кредиторами і, таким чином компенсація не буде доступна для інвестора і кредиторів за таких обставин. Проте такі недискримінаційні заходи повинні бути у відповідності з нормами міжнародного права і не повинні мати ефект «патрання» прав інвестора.

Більш дієвим способом захисту іноземних інвестицій – є страхування. Сеульська конвенція (1985р.) про заснування Багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій надає іноземним інвесторам фінансові гарантії шляхом страхування інвестицій від некомерційних ризиків. Функції БАГІ – полягають в укладанні договорів страхування і перестраховування іноземних інвесторів від некомерційних ризиків. Багатостороннє агентство з гарантування інвестицій (БАГІ)(The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)) надало страхування від політичних ризиків – це підтримує потік інвестицій у більш ніж 700 проектів у країнах, що розвиваються членах агентства. Кожна з цих інвестицій має свій власний унікальний набір фінансових міркувань і цілей у галузі розвитку.

БАГІ страхує прямі іноземні інвестиції від збитків, що пов'язані з:

– не конвертованістю валюти і переклад обмежень;

- експропріацією;
- війною, громадянськими заворушеннями, тероризмом, саботажем;
- порушенням договору;
- невиконанням фінансових зобов'язань.

БАГІ покликана забезпечити рішення, які служать потребам зниження ризиків своїх клієнтів, а також надає максимальні вигоди для приймаючих країн. У багатьох випадках, ціль БАГІ, знайти інноваційні шляхи надання підтримки складним або незвичайним угодам, приносячи користь як інвесторам, так і країнам, що розвиваються. У випадку, якщо застраховані інвестори мають непокритий збиток, вони можуть розраховувати на Агентство для ретельного та справедливого аналізу претензії та своєчасної виплати.

Ще більш важливою гарантією є те, що обґрунтовані претензії будуть виплачені, проте, зусилля БАГІ зобов'язується уникнути претензій. Агентство робить це, допомагаючи вирішувати спори і проводячи переговори з укладення угод, які дозволяють проектам залишатися працездатними, доходними і досягти своїх цілей розвитку. Такий підхід до потенційних претензій дозволяє БАГІ підтримувати продовження проектів.

Стандарти щодо підстави для припинення інвестиційної діяльності. Закон України «Про режим іноземного інвестування» передбачає гарантії (ст.11) в разі припинення інвестиційної діяльності. У разі припинення інвестиційної діяльності іноземний інвестор має право на повернення не пізніше шести місяців із дня припинення цієї діяльності своїх інвестицій в натуральній формі або у валюті інвестування в сумі фактичного внеску (з урахуванням можливого зменшення статутного капіталу) без сплати мита, а також доходів з цих інвестицій у грошовій чи товарній формі за реальною ринковою вартістю на момент припинення інвестиційної діяльності, якщо інше не встановлено законодавством або міжнародними договорами України. [6]

Закон України «Про інвестиційну діяльність» (ст.21) визначає умови припинення інвестиційної діяльності. Згідно ч. ст. 21 Закону України «Про інвестиційну діяльність» припинення інвестиційної діяльності провадиться за

рішенням: – а) інвесторів (при цьому інвестори відшкодовують збитки учасникам інвестиційної діяльності); – б) правомочного державного органу.

Причиною припинення інвестиційної діяльності може слугувати припинення інвестиційної угоди. Інвестиційна угода між іноземним інвестором та державою-реципієнтом може бути розірвана як за домовленістю та і в судовому порядку за вимогою однієї зі сторін. Дана категорія угод має цивільно-правову природу, тому контракт може бути розірваний без згоди другої сторони тільки з виконанням норм цивільного законодавства. За вимогою однієї із сторін договір може бути розірваний за рішенням суду при порушенні договору іншою стороною та в інших випадках передбачених законодавством або договором.

Поняття суворої святості договору впливає з норми про те, що договори повинні дотримуватися, яка розглядається як позитивна норма звичаєвого міжнародного права. [137] Було підтверджено, що в цілому принцип того що договори повинні дотримуватися є частиною звичаєвого міжнародного права, а також одним із загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями. З цього приводу Х. Кельзен писав, що принцип того, що договори повинні дотримуватися є основною нормою всієї системи, яку ми називаємо міжнародним правом [131].

У справі «Karah Bodas Company LLC» проти «Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT. PLN (Persero)» [184], позивач вимагав відшкодування реального збитку та упущеної вигоди на підставі порушення контракту. Трибунал присудив компенсацію, яка в два з половиною рази перевищувала направлені інвестиції.

Керівництво Світового Банку (1992 р.) у Розділі IV (1) «експропріація і односторонні зміни або розірвання договорів», передбачає, що держава не може експропріювати чи іншим чином вилучати іноземні приватні інвестиції на своїй території, або вживати заходів які мають подібний ефект, за винятком, коли це робиться відповідно до правових процедур у громадських цілях, без

дискримінації за ознакою громадянства і за умови виплати відповідної компенсації.

Таким чином Світовий Банк передбачає, що правила, застосовні до експропріації іноземних приватних інвестицій будуть застосовуватися, що до умов за яких держава може в односторонньому порядку розірвати або змінити умови договору. Компенсація в таких випадках повинна бути визначена з урахуванням правил, встановлених п. 2 до 9 Розділу IV Керівництва.

З іншого боку, відповідальність за відмову від контракту з комерційних причин, тобто, коли держава виступає як договірною стороною, визначається відповідно до права, яке передбачено договором.

У міжнародних інвестиційних контрактах застосовуються стабілізаційні застереження для запобігання необмеженій владі держави, яка в свою чергу може змінювати законодавство, розривати чи змінювати контракт в односторонньому порядку. Витоки стабілізаційних положень знаходяться у проміжок часу між першою і другою світовими війнами, коли американські компанії почали включати їх у концесійні договори у зв'язку з актами націоналізації латиноамериканських урядів. У рішенні ухваленому у справі *Amoco international v Iran* стабілізаційне положення було визначене як «умова договору, яка заморожує положення національної системи права, обраного в як закон договору з моменту укладення договору з метою запобігання застосування до договору будь-яких майбутніх змін» [201]. Зазначене визначення стосується лише класичних положень стабілізації і становить лише один з небагатьох способів стабілізації права, застосовного до договору.

В арбітражній практиці застосовуються так звані «Intangible clause» тобто пункт, який означає, що контракти не будуть модифіковані або скасовані, окрім як за взаємною згодою договірних сторін. Такі застереження широко використовуються. Зазначені положення не містять явної відмови від законодавчого суверенітету, а прагнуть запобігти одностороннім модифікаціям контракту приймаючою державою. Наприклад, цей контракт не може бути

скасовано, змінено або модифіковано в будь-якому відношенні, за винятком взаємної згоди в письмовій формі його сторонами. [60]

У спорі AGIP Co. SpA v. Government of the Popular Republic of Congo [202], арбітражний суд ухвалив, що націоналізація яка була предметом спору сталася шляхом порушення внутрішньо національного і міжнародного права, тому що вона порушила пункт стабілізації, який містився в договорі. Арбітражний суд заявив, що пункти стабілізації, вільно прийняті урядом, не впливають на принцип їх суверенних законодавчих та регулятивних повноважень, так як вони застосовуються щодо національних осіб та іноземців, з якими він не вступив в такі зобов'язання, і що, у даному випадку, зміни законодавства, передбачені у договорі не можуть бути направлені проти іншої договірної сторони.

У справі Техасо v. Libya арбітр також мав справу з пунктом стабілізації, який був включений до концесійної угоди. Пункт передбачав, що Лівія повинна вжити всіх заходів, які необхідні для того, щоб компанія користується всіма правами за договором, які прямо передбачені в цій концесії та не повинні порушуватися, хіба за згодою обох сторін. Із урахуванням цього договір концесії повинен тлумачитися відповідно до нормативно-правової бази, яка діяла на момент укладення договору і ніякі зміни в правовій системі не будуть застосовуватися без згоди сторін. На думку арбітра, хоча Лівія може націоналізувати власність інших інвесторів відповідно до своїх суверенних повноважень, вона не може націоналізувати договірні права, захищені в статті стабілізації. Арбітр вирішив, що ввівши пункт про стабілізацію держава повинна поставити себе в межі міжнародного правового порядку на тому ж рівні, що й іноземний інвестор, щоб забезпечити певний правовий статус протягом певного періоду часу.

Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL) [203], виступає ще одним важливим арбітражним рішенням про вплив стабілізаційного застереження. У цьому випадку, суд відхилив доводи Кувейту про те, що застереження суперечить національному і міжнародному праву. Суд постановив, що держава може погодитися не проводити

націоналізацію власності конкретного іноземного інвестора протягом обмеженого періоду часу. Арбітраж у даному випадку мав на увазі, що стабілізаційне застереження буде застосовуватися тільки у випадках прийняття державою конфіскаційних заходів. Інші втрати підлягали б сплаті, як наслідок законних очікувань інвестора, що впливають з відносин сторін, а не визнавались би порушенням пункту стабілізації. Один із арбітрів, сер Джеральд Фіцморіс, не погодився з думкою більшості. Особлива думка Дж. Фіцморса виражалася, що будь-яка націоналізація має конфіскаційну природу, але важливим аспектом слід зазначити – була вона законною чи ні. На думку арбітра дії Кувейту були незаконними, оскільки вони явно суперечили стабілізаційному застереженню.

В цілому, незважаючи на окремі розбіжності в думках, арбітражна практика свідчить, що у випадку наявності явно вираженого зобов'язання не змінювати правовідносини сторін, держава не може посилатися на свій суверенітет тим самим ігнорувати зобов'язання, щодо іноземних інвесторів. Крім того, вона не може шляхом вживання заходів, заснованих на його внутрішньому законодавстві припиняти або суттєво впливати на договірні права інвестора.

Інвестиційна діяльність може бути припинена внаслідок примусового вилучення капіталовкладень приймаючою державою. У даному випадку інвестиційна діяльність припиняється в силу односторонніх суверенних дій приймаючої держави. Основні складнощі виникають, коли виконання контрактних зобов'язань стає для держави не вигідним, або відбуваються інші істотні зміни обставин, з яких сторони виходили при укладенні контракту. Дії держави можуть проявлятися шляхом відкликання ліцензій, одностороннього розірвання контракту, невиконання контракту, інших діянь, які призводять до зміни або порушень контракту [147].

Наприклад, 31 грудня 2005 року Венесуела оголосила, що вона ставить на перший етап триваючого «одержавлення» більш ніж тридцять два приватні нафтові родовища. Цей процес прийняття контролю над нафтовими

родовищами був завершений протягом наступного року, в деяких випадках, шляхом створення «змішаних компаній» під контролем уряду Венесуели. У 2007 році Венесуела почала націоналізацію нафтяної промисловості, змушуючи шість західних великих нафтових компаній переглянути свої угоди по відношенню до чотирьох великих нафтових проектів, розташованих у басейні річки Оріноко. У цих переговорах, уряд Венесуели вимагав мінімум 60 відсотків контролю в чотирьох Оріноко проектах. Деякі з нафтових компаній вирішили прийняти нав'язані державою умови, а інші – в тому числі Exxon-Mobil – почали арбітражний розгляд проти Венесуели.

Загальною ознакою договорів є їх «мінливість». Для того, щоб захистити законні інтереси обох сторін було б розумно забезпечити в угодах розумні і збалансовані умови, що забезпечують механізм регулювання або перегляду інвестиційних угод укладених державами з іноземними приватними інвесторами. Положення повинні визначити обставини, за яких право змінювати або припиняти договір може здійснюватися і компенсації, що мають бути сплачені стороні. За такого підходу можлива керованість зміни контракту. Сторони угоди можуть самостійно, не застосовуючи типові положення вказати з самого початку за яких обставин можуть бути змінені або розірвані договори. Сторони можуть домовитися щодо положень компенсації і їх характеру чи рівня оцінки. Регулювання питання компенсації буде забезпечувати захист від односторонньої зміни державою умов договору.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ II

1. Норми Вашингтонської конвенції досить широко визначають категорію інвестиційних спорів, що тим самим надає можливість державі-учасниці Конвенції дати визначення поняттю «інвестиційні спори» в національному законодавстві.

2. Міжнародна практика, під впливом чинних в даній сфері норм міжнародного права, поняття «інвестиційні спори» – трактує досить широко і включає спори, що виникають з пов'язаних з інвестиціями відносин між приймаючою державою та особою-інвестором іншої держави, яка виступає інвестором. У свою чергу, національне законодавство України не дає визначення інвестиційного спору, лише передбачає порядок їх розгляду.

3. Проведено класифікацію інвестиційних спорів за кількома самостійними критеріями за суб'єктами на три групи: – а) між іноземним приватним інвестором і державою, що приймає приватні інвестиції, – б) спори між учасниками організацій з іноземними інвестиціями, одного учасника із самою організацією, між підприємствами та фірмами країни місцезнаходження підприємства з іноземними інвестиціями або з юридичними і фізичними особами інших країн; – в) спори між іноземними інвесторами або підприємством із іноземними інвестиціями з органами держави країни, що приймає інвестиції. За характером вимог на: – приватноправові; – публічно-правові; – змішані. За підставою виникнення спору: – спори, пов'язані з односторонніми суверенними актами держави з втручання в інвестиційну діяльність та спори, що пов'язані з інвестиційною угодою і предметом спору на три групи: – а) спори, що пов'язані з допуском інвестора та здійснення інвестиційної діяльності; – б) спори, що виникають із здійсненням цієї діяльності; – в) спори, що пов'язані з припиненням інвестиційної діяльності.

4. Доводиться доцільність класифікації спорів за трьома сферами, а саме: – соціально-правові; – територіальні; – політичні. Така три поверхнева класифікація інвестиційних спорів дає можливість визначити основні

напрямки, за яких інвестиційні спори мають спільні і відмінні ознаки. Виявлено особливі ознаки інвестиційних спорів, що можуть викликати значні труднощі для прийняття рішення інвестиційними арбітрами, які не лише є справедливим для сторін спору, але й ефективним, стабільним і справедливим у цілому. На підставі даного аналізу можна передбачити зміст такого покоління інвестиційних договорів. У договорах будуть міститися різні матеріально-правові зобов'язання, стандарти компенсації, види розгляду й, можливо різні шляхи вирішення спорів, які мають застосовуватися за типом суперечок між інвестором і державою.

5. Юридична природа інвестиційних спорів полягає в захисті міжнародним арбітражем цивільних прав інвестора, що порушено приймаючою державою. Природа інвестиційних спорів характеризується наявністю кваліфікуючих ознак: – особливим складом учасників спорів, специфікою предмета та особливим порядком врегулювання інвестиційних спорів.

6. Учасниками інвестиційних спорів виступають держава – з однієї сторони та іноземний інвестор із іншої. Виходячи з приватноправової природи, інвестиційні спори завжди стоять перед вирішенням проблеми відмови у визнанні імунітету держави, оскільки держава є стороною в спорі. Питання судового імунітету держави крізь 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 зобов'язання виконувати прийняте арбітражне рішення.

7. Поділ за суб'єктним складом на підставі публічно/приватних відмінностей здається більш логічним із огляду на подальший характер потенційних спорів. Поділ на колективне/індивідуальне не має відношення до інвестиційного процесу законотворчості. Можна спробувати надати йому актуальність, ускладнюючи аналіз із 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 з індивідуальним та колективним. Поділ на індивідуальні та колективні суб'єкти також має ряд проблем: по – перше: існує питання, що пов'язане з тим, що претензії кількох позивачів можуть бути правильно класифіковані як індивідуальні, чи ні (?), і у випадку якщо можуть бути, то до якого часу; по – друге виникає питання, що вважається одним колективом і хто отримує право виступати в інтересах колективу?

8. За предметом доцільно виділяти спори, що пов'язано: – з допуском інвестора до реалізації інвестиційної діяльності; – з реалізацією інвестиційного проекту; – з припиненням інвестиційної діяльності.

9. Особливий порядок врегулювання полягає щодо звернення до міжнародних арбітражних інституцій для вирішення спору. На сьогодні найбільш застосованим з них є спеціалізований арбітраж МЦВІС, який діє на підставі Вашингтонської конвенції 1965 року. До компетенції арбітражу відноситься вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, що пов'язані з інвестиціями.

10. За своєю сутністю спори, що пов'язані з допуском інвестицій є переддоговірною категорією спорів, оскільки останні виникають з процедур, які передують процесу інвестування.

11. Доводиться, що дані спори, пов'язані з допуском інвестицій, арбітражною практикою не визнаються інвестиційними, але питання допуску до інвестицій можуть розглядатися в контексті захисту гарантій заохочення та допуску інвестицій.

12. Спори, що пов'язані з реалізацією інвестиційного проекту виникають на підставі порушення умов здійснення інвестиційної діяльності, а саме: – внаслідок зміни законодавства; – в результаті односторонньої зміни приймаючою державою умов інвестиційної угоди; – у зв'язку з істотною зміною обставин, виходячи з яких було укладено інвестиційну угоду.

13. Припинення інвестиційної діяльності провадиться за рішенням інвесторів або компетентного державного органу: – у зв'язку з припиненням інвестиційної угоди (за домовленістю або в судовому порядку); – внаслідок примусового вилучення капіталовкладень державою (експропріація); – відкликанням державою ліцензій.

14. У зв'язку з великою кількістю справ пов'язаних з односторонніми діями держави, які тягнуть за собою припинення інвестиційної діяльності, доводиться доцільність застосування стабілізуючих застережень в інвестиційних контрактах із метою запобігання необмеженій владі держави від зміни законодавства або контракту в односторонньому порядку.

РОЗДІЛ ІІІ

ПОРЯДОК ВИРІШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ

3.1 Прийнятність (допустимість) позовних вимог і юрисдикція в інвестиційних спорах за участі України

Для цілей нашого дослідження необхідно в першу чергу проаналізувати поняття та вказати на відмінність категорій «юрисдикція», «прийнятність» та «допустимість» в інвестиційних спорах.

Юрисдикція. Під юрисдикцією розуміється «влада суду або судді приймати до розгляду позов, клопотання та інші процедури». Згода держави забезпечує основу юрисдикції міжнародних судів і трибуналів, виступаючи правилом, і для інвестиційних трибуналів, зокрема згода на міжнародний судовий розгляд. Держава повинна наділити владою трибунал, щоб вирішити справу до, або після виникнення спору. Згода на інвестиційний арбітраж, як правило, дається приймаючою державою в інвестиційних договорах, національному законодавстві або шляхом підписання арбітражних застережень з інвестором в державних контрактах.

Окремі питання, які мають відношення до юрисдикції трибуналу, регулюються внутрішнім законодавством країн. Зазвичай таке регулювання є наслідком посилання на внутрішнє законодавство в договорі, що передбачає юрисдикцію. Наприклад, багато договорів вимагають для того, щоб кваліфікуватися як інвестиції, операція повинна бути виконана відповідно до закону приймаючої держави. ДІД часто включають в себе формулу «відповідно до закону приймаючої країни» або мають подібну фразу в своїх визначеннях щодо терміну «інвестиції» [195]. Наслідком такого визначення є те, що інвестиції, які були направлені не відповідно до закону приймаючої держави не підпадатимуть під визначення «інвестиції» і не будуть користуватися захистом

відповідно до договору. Таким чином недотримання законів приймаючої держави нівелює силу згоди на арбітраж відповідно до договору.

Допустимість і прийнятність. Поняття «допустимість» трактується, як влада трибуналу вирішувати справи на певний момент часу з урахуванням можливих тимчасових або постійних дефектів позову. Стосовно прийнятності, питання в тому, чи є вимога готовою для вирішення на даному етапі. У той час як юрисдикція, як правило, припадає на спір в цілому, допустимість пов'язана з конкретною претензією. Навіть якщо відмінність між юрисдикцією та прийнятністю є давньою для міжнародного права, делімітація їх не є завжди просто, і крім того термінологія іноді буває суперечливою.

Конвенція МЦВІС та МЦВІС Правила не містять прямого визначення «прийнятності». Можливо, ст. 41 (2) Конвенції МЦВІС вводить відмінність між юрисдикцією та прийнятністю в МЦВІС арбітражі [204], й зазначає, що будь-яка заява сторони, яка містить твердження про те, що розгляд даного спору не належить до компетенції Арбітражу, повинна бути розглянута Арбітражем, який визначить, розглядати таку заяву як попереднє питання чи в процесі розгляду спору по суті.

Допустимість та юрисдикція. Різниця між юрисдикцією та допустимістю є давнім і важливим питанням в міжнародних спорах. Тим не менше, різницю між юрисдикцією та прийнятністю, не зовсім легко сформулювати, для міжнародного права в цілому і для інвестиційного арбітражу, зокрема. Визначити співвідношення питання до прийнятності чи юрисдикції можливо залежно від області. Наприклад, громадянство претензій стосується допустимості дипломатичного захисту, але знаходиться в юрисдикції інвестиційного арбітражу. Заперечення щодо юрисдикції і заперечення щодо прийнятності групуються під заголовком «попередні заперечення».

Питання прийнятності може бути розглянуто в окремій фазі справи. Але дуже рідко в арбітражному процесі спостерігається наявність трьох фаз, таких як, заперечення щодо юрисдикції, заперечення про прийнятність і третьої спрямованої на розгляд справи по суті.

Фіцморіс пояснює концептуальне розходження наступним: заперечення щодо до прийнятності позову це заява про те, що суд повинен визнати претензію неприйнятною на якійсь підставі; заперечення щодо юрисдикції трибуналу є закликом, що сам суд некомпетентний давати які-небудь рішення взагалі чи, як до суті справи або до питань прийнятності позову. [133]

Арбітр Highet в справі *Waste Management v. Mexico* [133], вказав на відмінність між юрисдикцією та прийнятністю наступним чином: юрисдикція – це повноваження суду розглядати справу; прийнятність, чи є сама справа дефектною - чи підходить вона для розгляду трибуналом.

Визначення терміну «допустимість» не розкривається ні в Конвенції МЦВІС, ні в Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ. Проведений аналіз арбітражної практики вказує на широке коло питань які охоплює «допустимість»: становища (чи має позивач право на пред'явлення позову або на пошук конкретної допомоги) [263]; чи є вимога «ною» по відношенню до переданої суперечки [257]; питання, що пов'язані з судовою/арбітражною функцією; спірність позову (*mootness of a claim*) [255]; питання, що пов'язані з відмовою вичерпати місцеві засоби правового захисту [266]; розсуд трибуналу не розглядати суперечку на підставі того, що ті ж самі претензії перебувають на розгляді – спір знаходиться в іншому форумі «*lis alibi pendens*» чи форум не згоден «*forum non conveniens*» [254]; питання з залученням третьої сторони та набранням законної сили рішення іншої судової установи «*res judicata*».

Інвестиційний арбітраж, як і всі інші форми міжнародного врегулювання спорів, здійснюється на основі згоди сторін. Ми можемо виділити три моделі згоди. Перша модель, така сама, як і для комерційного арбітражу, інвестор та приймаюча держава можуть включити арбітражні застереження в їх інвестиційний контракт. Друга модель передбачає вказівку на розгляд в арбітражі у внутрішньому законодавстві приймаючої країни, як правило в інвестиційних кодексах. Третя модель полягає в тому, що згода приймаючої держави на арбітражний розгляд може бути встановлена у двосторонніх або багатосторонніх інвестиційних договорах.

Дві останні моделі надання згоди на арбітраж разом відомі як «арбітраж без відмови» – форма арбітражу, в якій згода приймаючої держави на арбітражний розгляд є попередньою «ex ante». У даному випадку згода приймаючої держави на арбітраж не від'єднується від договірних відносин між приймаючою державою та інвестором в силу попередньої узгодженості щодо врегулювання спору. Одностороннє визнання юрисдикції МЦВІС державою є пропозиція, яка може бути прийнята іноземним інвестором і стають обов'язковими для обох сторін, навіть якщо нема інвестиційної угоди з конкретним інвестором.

Шемшученко С. О., вказує на те, що у сучасній практиці найбільш поширеною формою є арбітраж на основі міжнародних інвестиційних договорів (англ. – investment treaty arbitration). Для включення приватних контрактів до сфери захисту міжнародних договорів використовується так звана парасолькова клаузула (або парасолькове застереження, англ. – umbrella clause) – положення, в якому закріплюється, що приймаюча держава має дотримуватися будь-яких зобов'язань, які виникають у зв'язку з інвестиціями інвесторів іншої держави. Застосування цієї клаузули надає інвестору захист не тільки відповідно до положень його контракту з приймаючою державою, а й відповідно до положень міжнародного інвестиційного договору. Парасолькова клаузула розглядається, як своєрідний міст між приватним контрактом і міжнародним публічним правом [272].

Конвенція МЦВІС пропонує загальну процесуальну основу для інвестиційного арбітражу, пропонуючи тільки процедурні рамки. Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів є міжурядовою організацією, створеною відповідно до Конвенції по врегулюванню інвестиційних спорів між державами та громадянами інших держав (Конвенція МЦВІС). Його основна мета полягає у забезпеченні зручності та наданні послуг у вирішенні міжнародних інвестиційних спорів. Справи вирішуються за Конвенцією МЦВІС, МЦВІС Правилами додаткової процедури та іншими правилами, такими як Арбітражний регламент Комісії Організації Об'єднаних Націй з права

міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), відповідно до прохання сторін. Центр також пропонує повний спектр супутніх послуг на підтримку вирішення спорів.

Центр не має обов'язкової юрисдикції і звернення до нього відбувається суворо на основі згоди сторін. Це правило залишається незмінним принципом звичаєвого міжнародного права, відповідно до якого вимоги можуть не з'явитися перед міжнародним трибуналом, поки місцеві засоби правового захисту не будуть вичерпані. Конвенція не вказує на те, чи вичерпання національних засобів правового захисту було б бажаним. Проте, стаття 26 передбачає: будь-яка Договірна держава вправі вимагати попереднього звернення до національних адміністративних або судових засобів вирішення спорів в якості умови згоди про передачу спору для арбітражного розгляду, згідно цієї Конвенції. На сьогоднішній день, тільки Ізраїль, Коста-Ріка та Гватемала зробили заяви, що вимагають вичерпання засобів правового захисту відповідно до статті 26 Конвенції [270]. Тому у випадку того, що спеціальне заява не була прийнята, при умові наявності згоди передати спір в Центр, вичерпання національних засобів правового захисту має бути скасовано. Та ж позиція була підтверджена в Доповіді Виконавчих Директорів [151].

Обсяг юрисдикції інвестиційних трибуналів може бути концептуально поділений на чотири критерії:

- а) суб'єктний – за колом осіб (*ratione personae*);
- б) предметний (*ratione materiae*);
- в) темпоральний - за часом (*ratione temporis*);
- г) консенсуальний – згода сторін про передачу спору (*ratione voluntatis*).

Для підтвердження даних критеріїв звертаємось до Глави II Вашингтонської конвенції, яка присвячена юрисдикції Центру. У Статті 25(1) передбачено, що до компетенції Центру належить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних із інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про який повідомлено Договірною державою Центру) та особою іншої Договірної держави, при умові наявності письмової згоди учасників спору про

передачу такого спору для вирішення Центру. Сторони, що досягли такої згоди не вправі відмовитися від неї в односторонньому порядку [15].

Відповідно до частини першої статті 25 Вашингтонської конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, однією зі сторін спору має бути держава - учасник Вашингтонської конвенції, а інший - особа іншого боку - учасники цієї Конвенції. Визначення «громадянин іншої Договірної Держави» має широке значення, що включає в себе як фізичних, так і юридичних осіб, а також асоціації, і не обмежується приватними компаніями.

Таким чином, питання юрисдикції Центру в суперечці, однією зі сторін в який може виступати держава Україна, може бути вирішене позитивно в разі, якщо позивач є громадянином або юридичною особою держави-учасниці Конвенції, яка уклала з Україною договір про взаємний захист інвестицій із застереженням про передачі можливих суперечок на розгляд Центру, і такий спір стосується порушення Україною юридичних прав або невиконання юридичних обов'язків. Слід окремо зазначити, що іноземні інвестиції повинні бути обов'язково зареєстровані в установленому українським законодавством порядку. У всіх інших випадках необхідна окрема письмова угода інвестора і України на передачу спору на розгляд Центру.

Розгляд спорів у МЦВІС базується на двох групах процедурних правил:

- Конвенції та правилах і положеннях, розроблених МЦВІС у її розвиток;
- Правилах додаткових процедур, які передбачають розгляд спорів за межами Конвенції.

Залежно від того, яка з цих груп є підставою для розгляду спору у МЦВІС і залежить вирішення питання про юрисдикцію МЦВІС.

Суб'єктна юрисдикція в Конвенції МЦВІС є обмеженою за колом осіб – договірною державою та особою (інвестор) іншої договірної держави. Інвестором можуть бути як фізичні так і юридичні особи. Держава відповідач повинна бути членом конвенції МЦВІС. Відповідно до пункту 2 статті 68 Конвенція набирає чинності через 30 днів після депонування 20-го акта про ратифікацію,

прийняття, схвалення. Для кожної Держави, яка надалі подасть відповідний акт про ратифікацію, прийняття, схвалення, Конвенція набирає чинності на 30-й день після депонування такого акта. На момент набрання чинності 14 жовтня 1966 року Конвенція мала 20 держав-членів. На період 2016 року Конвенція має 160 країн членів [15]. Україна ратифікувала Вашингтонську конвенцію 16 березня 2000 року. Критичним моментом для статусу держави як договірної держави, є дата реєстрації прохання про арбітраж Генеральним секретарем МЦВІС. Держава може дати свою згоду підкоритися юрисдикції Центру, перш ніж стати договірною державою. Держава, яка не є Договірною державою Конвенції, в момент запиту про арбітраж, не підлягатиме юрисдикції Центру, навіть якщо вона надала свою згоду на юрисдикцію. Держава може мати справу з іноземними інвесторами через центральний орган державної влади, такий як міністерство чи уряд або через окрему юридичну особу. Це можуть бути територіальні одиниці, такі як провінції або муніципалітети. Відповідно до норм міжнародного права, держава несе відповідальність за всі її органи в тому числі територіальні одиниці, а також за державні органи, які здійснюють елементи державної влади. МЦВІС Конвенція містить положення, яке робить можливим для субодиниць держави перебування бути стороною в процесі. Стаття 25 Конвенції містить положення «або будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про який повідомлено Договірною державою Центру». Тож, стаття 25 (3) Конвенції МЦВІС вимагає додатково, що згода на не щоб установчий підрозділ або агентство виступало стороною та підпадало під юрисдикцію Центру затверджувалась державою, до якого він належить. МЦВІС веде публічний реєстр призначених підрозділів і відомств держав. Лише відносно невелике число країн зробили позначення згідно з цим положенням. Установчі підрозділи або установи не відіграють важливу роль в практиці МЦВІС .

У справі *Cable Television v St. Kitts and Nevis* [205], заявник уклав договір з адміністрацією острова Невіс (NIA), що містив згоду на арбітраж МЦВІС. Суд встановив, що NIA був складовою підрозділом *Federation of St. Kitts & Nevis*,

суверенної держави і учасниці Конвенції МЦВІС. Однак NIA не була визначена МЦВІС як складова підрозділу або установи відповідно до статті 25 (1) Конвенції МЦВІС. І не було його згоди схваленої Федерацією відповідно до статті 25 (3). У свою чергу, Федерація не є стороною договору, що містить згоду МЦВІС юрисдикції. Суд дійшов висновку, що він не володіє юрисдикцією в даній справі. У більшості випадків інвесторами є юридичні особи, тобто корпорації. Іноді фізичні особи також з'являються в якості заявників в інвестиційному арбітражі. Інвестиційний арбітраж призначений для захисту приватних інвесторів. Конвенція МЦВІС у преамбулі говорить конкретно про роль міжнародних приватних інвестицій, вказуючи на те, що інвестор повинен бути приватною особою або корпорацією. Разом з тим державні корпорації і державні організації можуть бути прийняті як інвестори, якщо вони діють як приватні особи.

При розгляді справи CSOB v Slovakia [206], відповідач заперечував проти компетенції суду, стверджуючи, що позивач, банк, був державним агентством Чеської Республіки, а не незалежною комерційною організацією. Суд відхилив це твердження, постановивши, що доступ до арбітражу здійснюється не залежало від того, чи була компанія частково або повністю належна уряду. Суд виходив з природи банківської діяльності, визнавши що вона була комерційною.

Стаття 25 Конвенції МЦВІС наділяє предметною юрисдикцією МЦВІС «правовий спір, що виникає безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями». Тлумачення терміну «інвестиції» викликає жваві дискусії. Як вже зазначалось в Першому розділі нашого дослідження прецедентне право та література відштовхуються від визначення даного терміну в інструментах згоди між сторонами, як правило, в ДІД. МЦВІС не підсудні спори, які можуть збігатися за часом і суб'єктним складом із здійсненням капіталовкладень, проте можуть бути пов'язаними з самим процесом інвестування лише побічно або не бути пов'язаними взагалі. Характерним прикладом є відмова МЦВІС розглядати зустрічний позов Індонезії про несплату податків до інвестора, чия власність

була експропрійована в справі *Amco v. Indonesia*. Трибунал пояснив, що вимога «прямого зв'язку» є обов'язковою: «Необхідно усвідомлювати різницю між зобов'язаннями, які покладаються на фізичних або юридичних осіб, на яких поширюється юрисдикція приймаючої держави, відповідно до загальних норм законодавства і зобов'язанням, що поширюються на зазначених осіб в силу інвестиційної угоди, яку інвестор уклав з цією державою. Правові спори, пов'язані із зобов'язаннями другого виду, потрапляють під дію ст. 25 (1) Конвенції. У той же час суперечки з перших зобов'язань повинні вирішуватися в рамках процедур, передбачених загальними нормами законодавства, що діють у відповідній юрисдикції, тільки якщо чинним законодавством вони не віднесені до інвестиційних спорів. Обов'язок не робити податкових правопорушень очевидно встановлюється законодавством Індонезії загального характеру. Вона не відображена в інвестиційній угоді і не виникає безпосередньо з інвестицій. З цих причин трибунал визнає, що розгляд позову про податкові порушення знаходиться за рамками його компетенції *ratione materiae*» [224].

Іншою складовою *ratione materiae*, зазначеної коментаторами, є сам факт наявності спору між сторонами і його юридична природа [234]. Обов'язковою вимогою, визнаною як доктриною, так і судовою практикою, є наявність мінімальної комунікації між сторонами, в результаті якої між ними виникають розбіжності, що мають реальне практичне значення хоча б для однієї зі сторін [220].

У справі *CSOB v Slovakia*, позивач надав кредит *Slovak Collection Company*, яка була забезпечена гарантією словацького Міністерства фінансів. Коли Словацька компанія заявила дефолт в виплаті, CSOB порушило справу проти Словаччини в МЦВІС. Словаччина стверджували, що претензії до нього не виникли безпосередньо з кредиту і, отже, були за межами юрисдикції трибуналу. Суд відхилив цей аргумент, вказавши: Інвестицій часто є досить складною операцією, яка складається з різних взаємозв'язаних угод, кожен елемент яких, розглядаючи поодиночі, не у всіх випадках можливо,

кваліфікувати як інвестиції. Таким чином, суперечка, яка постала перед Центром повинна вважатися виниклою безпосередньо з інвестицій, навіть якщо вона засноване на угоді, яка, розглядаючись поодинці, не кваліфікується як інвестиції відповідно до Конвенції, за умови, що конкретна угода утворює невід'ємну частину загальної роботи, яка була кваліфікована як інвестиції [220]. Суд додав, що зобов'язання Словацької Республіки були тісно пов'язані з кредитом, зробленим в CSOB. Кредит, в свою чергу, є частиною спільної операції консолідації ČSOB для розвитку банківської діяльності в Словацькій Республіці. Отже, суперечка виникла безпосередньо з інвестицій.

У ряді справ проти Аргентини вона стверджувала, що заходи, які вона приймала носили загальний характер, та були зроблені, щоб служити національному добробуту, а не були спеціально спрямовані на операції конкретного інвестора. Тому, на думку Аргентини, суперечки про ці заходи, не виникали безпосередньо з інвестицій.

Трибунал у справі Суд в *CMS v Argentina* не прийняв цей аргумент, вказавши: «... Трибунал робить висновок з цього питання, що він не володіє юрисдикцією щодо заходів загальної економічної політики, прийнятих Республікою Аргентина і не може приймати рішення про те, чи вони є правильними чи неправильними. Однак, суд дійшов висновку, що він має юрисдикцію для розгляду конкретних заходів, що впливають на інвестиції або заходів загальної економічної політики, що мають безпосереднє відношення до таких інвестицій заявника, та було прийнято рішення про порушення юридично обов'язкових зобов'язань перед інвестором передбачених договором, законодавством та контрактом» [209].

Інші трибунали також слідували такій аргументації [209]. Звідси випливає, що приймаюча держава не може посилатися на загальний політичний характер заходів, прийнятих нею, якщо ці заходи мали конкретний вплив на інвестиції та порушили конкретні зобов'язання і обов'язки. Такі зобов'язання можуть виникати з законодавства, договору або угоди.

Темпоральна юрисдикція. Стаття 25 не включає в себе умови відносно темпоральної юрисдикції МЦВІС трибуналів. Загальне правило у вирішенні міжнародних суперечок, полягає в тому, що юрисдикція повинна діяти на дату, коли справа порушена. Для інвестиційного арбітражу теж, дата, коли запит інвестора був зареєстрований є вирішальною для визначення юрисдикції трибуналу. Події після дати реєстрації скарги не впливають на юрисдикцію. Згода сторін повинна існувати на момент подачі заяви (Виходячи з статті 28(3) та 36(3) де передбачено, що генеральний секретар реєструє заяву, за виключенням випадків, коли на підставі інформації, яка міститься в заяві, він дійде до висновку про те, що даний спір дійсно знаходиться поза компетенцією Центру. У цьому випадку він зобов'язаний повідомити сторонам про відмову в реєстрації.

З огляду на це МЦВІС компетентний розглядати спір за наявності одночасно таких умов:

1. Спір повинен мати правовий характер і бути безпосередньо пов'язаний з інвестиціями. Відповідно до тексту Конвенції суперечка повинна не просто існувати, а й мати юридичну природу. МЦВІС не розглядає спори, засновані на усних домовленостях між інвестором і державою, що приймає або мають політичний характер. При цьому Конвенція не дає визначення терміну «інвестиції». Фактично Конвенція виходить з того, що таке визначення має міститися в національному законодавстві держав — учасниць Конвенції. Безумовно, у визначенні цього терміну в національному законодавстві різних держав будуть існувати певні відмінності. Саме тому в Конвенції передбачено, що держава в разі приєднання до Конвенції може повідомити про категорію чи категорії спорів, які вона вважатиме такими, що підпадають під юрисдикцію МЦВІС. У такому випадку Генеральний секретар МЦВІС передає таке повідомлення усім державам - учасницям.

2. Сторонами спору, що може розглядатися МЦВІС, повинні бути:

– держава учасниця Конвенції (уповноважений нею орган);

– іноземний інвестор фізична або юридична особа іншої держави — учасниці Конвенції.

Відповідно до Конвенції фізична особа на день досягнення згоди про передачу спору на розгляд до МЦВІС та на день реєстрації Генеральним секретарем МЦВІС заяви про примирення чи арбітраж не повинна мати громадянство держави, що виступає іншою стороною в інвестиційному спорі.

Юридична особа також на день досягнення згоди про передачу спору на розгляд МЦВІС не повинна мати «національність» держави, яка виступає стороною спору. Водночас із цього правила є виняток, суть якого полягає в тому, що за домовленістю сторін інвестиційного спору юридична особа, яка походить із держави, що є протилежною стороною у спорі, розглядатиметься як юридична особа, що має іншу «національність», якщо над нею існує іноземний контроль.

3. Наявність письмової згоди учасників спору про передачу такого спору до МЦВІС.

Як зазначено в преамбулі Конвенції, «взаємна згода сторін підпорядкувати такі спори процедурі примирення або арбітражу за допомогою таких засобів є угодою, що зобов'язує сторони, зокрема, в тому, що стосується рекомендацій, наданих посередниками, та рішень, прийнятих арбітрами».

Тому підставою розгляду спору у МЦВІС є письмова згода сторін спору, яка має бути добровільною, без будь-якого втручання третьої сторони. При цьому сторони, які досягли згоди про передачу спору на розгляд до МЦВІС, не мають права відмовитися від неї в односторонньому порядку.

Письмова згода про передачу спору до МЦВІС може міститися як в одному документі (наприклад конкретному контракті, угоді, що укладається між іноземним інвестором та державою, на території якої інвестиції будуть внесені), так і в декількох документах (наприклад обміні листами тощо).

Також письмова згода на передачу спору на розгляд до МЦВІС може міститися у двосторонніх міжнародних договорах, зокрема в угодах про сприяння та взаємний захист інвестицій. Так, наприклад, у ст. 8 Угоди між

Урядом України та Урядом Королівства Швеція [40], передбачено, що будь-який спір стосовно інвестицій між інвестором однієї Договірної сторони та іншою Договірною стороною, при неможливості його вирішення дружнім шляхом протягом шести місяців від дати, коли будь-яка зі Сторін порушила питання про спір, інвестор матиме право передати спір до міжнародного арбітражу для остаточного вирішення. Інвестор на свій вибір може передавати справу до МЦВІС або трибуналу *ad hoc*, який має бути створений згідно з Арбітражними Правилами ЮНСІТРАЛ, якщо інше не узгоджено між сторонами спору.

Крім двосторонніх міжнародних договорів про сприяння та захист інвестицій, ряд багатосторонніх конвенцій відносять інвестиційні спори до юрисдикції МЦВІС. До них, зокрема, належить Північноамериканська угода про вільну торгівлю від 17 грудня 1992 р. [31], у ст. 1120 якої зазначається, що по завершенні шести місяців після сплину подій, які стали підставою для виникнення інвестиційного спору, сторони спору можуть звернутися до МЦВІС. Якщо ж іноземний інвестор або держава, на території якої ці інвестиції вносилися, не є членом Конвенції, тоді їхній спір розглядатиметься МЦВІС на основі Додаткових заходів.

Щодо згоди на передачу інвестиційного спору на розгляд МЦВІС у порядку арбітражу Конвенція закріплює ряд особливих правил:

По – перше, ця згода виключає будь-які інші способи правового захисту, якщо не передбачено іншого;

По – друге, держава - учасниця Конвенції має право вимагати в якості умови своєї згоди на арбітраж попереднього звернення до національних адміністративних або судових засобів вирішення спорів.

Необхідно зазначити, що діяльність МЦВІС не обмежується врегулюванням інвестиційних спорів у межах Вашингтонської конвенції. У 1979 р. МЦВІС прийняв Правила додаткових процедур (Additional Facility Rules), які на сьогодні діють у редакції від 10 квітня 2006 р. Згідно з цими правилами МЦВІС може розглядати спори, що виходять за межі

Вашингтонської конвенції. Зокрема це спори, в яких беруть участь не лише держави – учасниці Конвенції, а також вирішення не інвестиційних спорів, які у той же час виходять за рамки звичайних комерційних спорів, якщо хоча б одна зі сторін спору є державою – учасницею Конвенції [92, с. 86-90].

Конвенція МЦВІС забезпечує основні процесуальні основи для примирення і арбітражу з розгляду інвестиційних спорів, що виникають між країнами-членами та інвесторами, які кваліфікуються як громадяни інших країн-членів. Ця основа доповнюється докладними положеннями і правилами, прийнятими МЦВІС Адміністративною радою відповідно до Конвенції.

Основна мета Конвенції полягає в тому, щоб дозволити іноземним інвесторам вдаватися до неупередженого і незалежного механізму врегулювання суперечок за межами юрисдикції приймаючої держави.

Арбітраж та процедура примирення в рамках Конвенції є повністю добровільною, але, як тільки сторони дали свою згоду, не можливо в односторонньому порядку відмовитися від нього. Іншою відмінною особливістю є те, що арбітражне рішення, винесене відповідно до Конвенції, не може бути скасоване судом будь-якої Договірної держави. Конвенція також вимагає, щоб всі Договірні держави, що є сторонами в суперечці, визнавали і забезпечували виконання Конвенції МЦВІС та арбітражних рішень.

У двосторонніх договорах про взаємне заохочення і захист інвестицій між Україною та іншими державами намічається тенденція окремого розгляду процедури вирішення спорів зазвичай під егідою ICSID. Під час укладення двосторонніх інвестиційних договорів обидві держави, як правило, дають згоду на звернення до юрисдикції ICSID у випадку виникнення спору в майбутньому. [74, с. 447]

Яскравим прикладом справи яка стосувалась питань юрисдикції є *Tokios Tokelés v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB 02/18, 2004). Позов ґрунтувався на статті 8 ДІД між Литвою та Україною від 8 лютого 1994 року. Таким чином, арбітри повинні були визначити, чи є позивач литовською (а не українською) юридичною особою, незважаючи на те, що він створив українське дочірне

підприємство і через литовську материнську компанію контролювався громадянами України. Іншими словами, суперечка стосувалася корпоративної національності. Більшість членів арбітражного трибуналу наполягало на тому, що юридична відмінність литовської юридичної особи має поважатися. На думку більшості трибуналу, оскільки в тексті ДД тест контролю для визначення національності корпорації, створеної на території договірної сторони ДД, не задіяний, то немає підстав для застосування тесту контролю для встановлення наявності / відсутності юрисдикції ІКСІД в даній справі.

Президент трибуналу в даній справі не погодився з таким підходом. В особливій думці президента при визнанні незаперечності українського контролю над позивачем («Tokios Tokelés») підкреслюється, що держави-договірні сторони ДД вільні в наданні арбітражу ІКСІД юрисдикції більш вузької, ніж та, що передбачена Конвенцією, однак вони не вправі розширювати юрисдикцію трибуналу за межі, встановлені Конвенцією. Відповідно, спочатку потрібно перевірити наявність юрисдикції відповідно до статті 25 Конвенції з урахуванням її цілей та об'єкта, а лише потім перевіряти, чи є юрисдикція відповідно до ДД. Підтримувати думку, що походження капіталу не має значення та що єдиним, що має значення є те, що позивач зареєстрований по законам Литви, означає суперечити об'єкту та цілям всієї системи ІКСІД [234].

У даній справі, незважаючи на особливу думку президента трибунал ухвалює рішення більшістю голосів її членів, що дана суперечка знаходиться в межах юрисдикції Центру і компетенції Трибуналу. При вирішенні даного спору суд МЦВІС звернувся до положень ДД, що визначали поняття «інвестор» стосовно відносин Литви і України. Відповідно до ДД, укладеного між Литвою і Україною, інвестором Литви визнавалася компанія, зареєстрована на території Литви відповідно до законодавства Литви. На цій підставі суд розглянув питання про національність інвестора з формальної точки зору, визначивши де-юре місце інкорпорації в Литві і встановивши юрисдикцію *ratione personae* незалежно від національності акціонерів.

Рішення обмежується питанням юрисдикції, в той час як сутність спору віднесена до більш пізнього і остаточного рішення. Арбітри вправі обирати такий підхід і мають тенденцію його використовувати, коли проблеми ускладнені і вправі визначити число розглядів.

У справі *Global Trading v. Ukraine* [235] арбітражний трибунал ICSID відхилив позов після подання Відповідачем (Україна) заперечень на підставі Правила 41 (5) Регламенту ICSID. Правило 41 (5), що було включено в Регламент ICSID в 2006 році, дозволяє сторонам заявляти заперечення, у зв'язку з очевидною відсутністю обґрунтованості позовних вимог протягом 30 днів після формування арбітражного складу. Нагадаємо, що 21 травня 2009 року в ICSID надійшла Заява про арбітраж, подана двома американськими компаніями (Позивачами), що займаються експортом м'яса й курятини, проти України. Загальна сума позовних вимог становила близько 35 мільйонів доларів США.

Представники України заявили заперечення відносно юрисдикції ICSID, посилаючись на те, що заявлені вимоги випливають із міжнародного контракту купівлі-продажу, й позивачами не здійснювалися інвестиції в Україну в розумінні статті 1 Двосторонньої угоди про захист інвестицій між Україною й США, а також статті 25 Вашингтонської конвенції 1965 р., що і визначає юрисдикцію ICSID. Трибунал погодився із запереченнями Відповідача й установив, що вимоги Позивачів відносно порушення Україною контрактів купівлі-продажу курятини не є інвестиціями в розумінні статті 25 Вашингтонської Конвенції. Оскільки юрисдикція ICSID поширюється тільки на суперечки, які прямо випливають із інвестицій, Трибунал не має юрисдикції для вирішення даного спору.

Заслуговує на увагу визнаний судовою практикою так званий період очікування, що виступає стандартною функцією в багатьох ДІД при врегулюванні суперечок. Вони, як правило, вимагають від інвесторів брати участь в консультаціях / переговорах до затвердження інвестиційного арбітражу. Держави відповідачі регулярно стверджують, що недотримання

такої вимоги позбавляє суд його юрисдикції. Більшість інвестиційних трибуналів, розглядають період консультації як директивний і процедурний, тобто не обов'язковий для юрисдикції. Найбільш підходящий приклад, недотримання періоду очікування був розглянутий в процедурному порядку МЦВІС арбітражу у справі *Western NIS v. Ukraine*, який призупинив провадження у справі, з метою дозволити сторонам досягти мирного врегулювання. Перш ніж зробити це, суд чітко встановив, що той факт, що «належне повідомлення про справжні претензії не були надані» і не «саме по собі, впливає на юрисдикцію Трибуналу» [236].

3.2. Матеріально і процесуально-правові стандарти у вирішенні інвестиційних спорів

Система гарантій прав інвесторів в повному вигляді повинна включати в себе і процесуальну гарантію, юридично закріплену можливість звернення в юрисдикційний орган у разі порушення державою матеріально - правових гарантій прав інвесторів.

Стандарти які повинні застосовуватися арбітражем, як правило, встановлюються інвестиційною угодою чи угодою про передачу спору в арбітраж. За відсутності угоди між сторонами суд самостійно визначає стандарти які будуть застосовуватись. До того ж сторони повинні визначити юридичну силу судового рішення яке буде прийняте судом. Як правило, держави дають згоду на обов'язковість рішень, які будуть прийняті арбітражем, в інвестиційних угодах та угодах про арбітраж.

Всі діючі угоди встановлюють певний рівень відносин держави до інвестора (стандарти захисту інвестицій). Ці стандарти включають в себе зобов'язання держави щодо захисту і сприяння іноземним інвесторам. Перелік, назва і зміст таких стандартів в угодах є різним. Навіть стандарти з однаковою назвою в угодах можуть мати різний юридичний зміст. Детальне тлумачення

стандартів захисту інвестицій можна отримати з аналізу великої практики інвестиційних суперечок, створених міжнародним арбітражем за угодами про взаємний захист інвестицій і багатосторонніх угод.

У цілому можна виділити кілька основних стандартів захисту інвестицій, наявних в більшості угод:

– справедливе і рівне ставлення до інвестора. Міжнародна інвестиційна арбітражна практика виробила певні критерії цього стандарту, а саме: чесність і гласність адміністративних процедур; захист законних інтересів і очікувань інвесторів; заборона дискримінаційних або невиправданих заходів; заборона переслідування і примусу інвестора; стабільність і передбачуваність інвестиційних умов;

– надання ефективних засобів юридичного захисту. За існуючою арбітражною практикою такі дії (бездіяльність) є порушенням даного стандарту: відмова в прийнятті справи до судового розгляду; надмірне затягування судового процесу; наявність серйозних процедурних порушень; прийняття судом очевидно несправедливих рішень;

– заборона експропріації. Угоди про захист інвестицій дозволяють експропріацію інвестицій як крайній метод: з метою, що відповідає суспільним інтересам; при відсутності дискримінації в порівнянні з іншими інвесторами; з дотриманням належних юридичних процедур; з одночасною виплатою адекватної та ефективної компенсації. Також в міжнародній арбітражній практиці виробилася концепція «прихованої» (або «повзучої») експропріації. Це визначення включає в себе дії держави, які призводять до значного зменшення економічної вартості інвестиції. Подібна експропріація також забороняється міжнародним інвестиційним правом, хоча її набагато складніше довести;

– свобода переказів і виведення інвестиції. Держава зобов'язана гарантувати інвестору свободу грошових переказів у вільно конвертованій валюті, пов'язаних з інвестицією. При цьому така гарантія стосується як переказів в дану країну, так і виведення капіталу з неї.

При вирішенні інвестиційних спорів застосовуються загальні принципи права, які виходять з внутрішнього законодавства, практики міжнародних організацій або відносин між державами і приватними організаціями. Ці принципи зачіпають питання вибору права, незалежності судової системи, її прозорість, поряд з іншими питаннями.

Найважливішим принципом є принцип добросовісності. Цей принцип можна знайти в будь-якій національній правовій системі, а також в Статуті Організації Об'єднаних Націй. Існують і інші принципи, такі як: договори повинні виконуватися (*pacta sunt servanda*), заперечення про невиконання контрагентом договірних зобов'язань (*the exceptio non adimpleti contractus*), позбавлення права заперечення (*estoppel*), повне відшкодування шкоди, заподіяної від невиконання договірних зобов'язань, принцип належної правової процедури, заборони безпідставного збагачення, тягар доведення покладений на позивача та принцип компенсації в разі націоналізації, який вважається загально визнаним принципом міжнародного права.

Угоди про захист інвестицій забезпечують захист широкого набору прав, які позначаються терміном «вкладення капіталу» або «інвестиція». Як правило, під цим мається на увазі власність на рухоме і нерухоме майно, права на участь або акції компаній, а також інтелектуальна власність.

Рівень матеріально-правового захисту, який гарантований угодами, є – досить високим. Угоди особливо виділяють при цьому, перш за все, довгострокову гарантію цілісності іноземних інвестицій, виходячи з позиції, аналогічної правилам, які прийняті в звичайному міжнародному праві, що здійснення прямих і непрямих експропріаційних заходів допускається виключно лише в інтересах суспільства і припускають необхідність компенсації. Крім цього, угоди вимагають, щоб для іноземних інвесторів діяв «рівноправний і справедливий» режим. Цей стандарт захисту, сформульований у вигляді генеральної клаузули, був розвинений арбітражною практикою у всеосяжне і універсальне право іноземних інвесторів на звернення, відповідно принципам правової держави.

Право на справедливий і рівноправний режим включає в себе, зокрема, принцип правової безпеки (визначеності) в сенсі стійкості правових норм і стандартів і передбачуваності дій держави, зобов'язання до послідовності і несуперечності дій держави, принцип правомірності (законності), принцип захисту довіри, заборона відмови в правосудді, вимоги до організації судової або адміністративної процедури, заборона довільних і дискримінаційних заходів і вимога транспарентності дій держави, а також принцип пропорційності. Крім того, угоди про захист інвестицій, як правило, зобов'язують держав-учасників також забезпечувати захист іноземних інвестицій від так званого «субстратного» втручання органів державної влади і приватних осіб. Це є частиною зобов'язання гарантувати повний захист і безпеку інвестицій. Цей принцип порушується, наприклад, у випадку, якщо держава не забезпечує адекватний захист силами поліції проти демонстрантів або якщо військові підрозділи незаконно руйнують виробничі приміщення підприємства. Зобов'язання щодо забезпечення повного захисту і безпеки іноземних інвестицій знаходить також все більше розуміння в арбітражній практиці в якості обов'язку надання захисту з боку держави. Такий обов'язок полягає, зокрема, в тому, щоб шляхом законодавчих заходів забезпечити нормативні правила і механізми правозастосування, що дозволяють інвесторам користуватися необхідним захистом від дій держави і приватних осіб не тільки на міжнародно-правовому, а й на національному рівні.

Спеціальні права на захист у вигляді так званих «парасолькових» застережень (*umbrella clauses*) передбачаються інвестиційними угодами, за загальним правилом, в зв'язку з дотриманням договірних та квазі-договірних зобов'язань, які взяла на себе приймаюча країна відносно іноземних інвесторів. Відповідно до таких застережень, приймаючі держави, згідно з міжнародним правом, зобов'язані виконувати специфічні зобов'язання, які вони взяли на себе в відношенні капіталовкладень або інвестицій. Інвестиційні угоди містять також гарантії, які забезпечують вільний переказ платежів, пов'язаних з інвестуванням, і, зокрема, приплив додаткового капіталу в приймаючу країну, а

також вивезення прибутку або доходів або ліквідаційної виручки. У цілому, двосторонні угоди про захист інвестицій відображають, таким чином, консенсус щодо вихідних принципів міжнародного захисту інвестицій. Він базується, перш за все, на прагненні створити і зміцнити фундаментальні ринково-економічні основи взаємовідносин між державами і інвесторами.

Принцип пропорційності при вирішенні інвестиційних спорів. Принцип пропорційності (розмірності) – основоположний принцип права, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні балансу інтересів. Принцип пропорційності обмежує владу держав або міжнародних організацій, але захищає приватні права таким чином, щоб збалансувати різні переваги. Даний принцип виступає також структурною концепцією, яка включає в себе три суб-принципи, принцип відповідності, принцип необхідності та принцип пропорційності.

Принцип відповідності вимагає, щоб кошти були придатним або корисним для досягнення законних цілей, тобто, сам кінець повинен бути законним і виправданим. Принцип необхідності вимагає, щоб кошти були необхідні для досягнення мети і якщо є будь-які інші, менш обмежувальні засоби в інтересах заявників здатні виробляти той же результат, менш обмежувальні засоби повинні бути прийняті. Принцип пропорційності в строгому сенсі вимагає, щоб кошти не занадто обмежили інтереси потерпілих, у порівнянні з інтересами переслідуваних. Для правильного застосування судами принципу пропорційності важливе значення має тест на пропорційність. Він має одну й ту ж основну двоетапну структуру. На першому етапі суд повинен встановити, що владними діями ви явилось обмежене певне право. На другому етапі влада повинна продемонструвати суду, що вона переслідувала певну легітимну мету і що обмеження було пропорційне цій меті.

Тест на пропорційність включає в себе три критерії: по-перше, засіб, призначений для досягнення мети влади, повинен підходити для досягнення цієї мети (доречність); по-друге, з усіх підходящих має бути обрано той засіб, який у найменшій мірі обмежує право приватної особи (необхідність); по-третє,

збиток приватній особі від обмеження її права повинен бути пропорційний вигоді уряду щодо досягнення поставленої мети (пропорційність у вузькому сенсі) [102, с. 59-810]. У Європейському союзі, принцип пропорційності є конституційним принципом. Відповідно до принципу пропорційності, зміст і форма дій Союзу не повинні перевищувати повноважень необхідних для досягнення цілей Конституції. Інститути Союзу застосовують принцип пропорційності, як це передбачено в Протоколі про застосування принципів субсидіарності та пропорційності [165].

Цей принцип також існує в міжнародному праві і поширюється на різні галузі. Принцип пропорційності стає міжнародним звичаєм в області самооборони, відплати, контрзаходів, гуманітарного права і права в галузі прав людини, тож. Принцип пропорційності існує в законі СОТ, дане положення було доведено шляхом аналізу правових текстів і пов'язаних з ними судових рішень. У юридичних текстах містяться фрази: «обмеження торгівлі», «необхідність», «еквівалент», що втілюють принцип пропорційності. У судових рішеннях, принцип пропорційності вимагає, щоб торговельні обмеження не були надмірними для досягнення інших законних цілей, та існує намагання збалансувати вільну торгівлю та інші інтереси [130]. Очевидно, що при різних обставинах, принцип пропорційності використовується для узгодження різних інтересів.

У міжнародному інвестиційному праві, основні принципи, пов'язані з принципом пропорційності включають принцип недискримінації і принцип справедливого і рівного ставлення. Значення застосування принципу пропорційності в МЦВІС арбітражі може бути з'ясовані шляхом зіставлення його з іншими відповідними принципами.

Принцип недискримінації. У міжнародному інвестиційному праві, принцип національного режиму (NT) і режиму найбільшого сприяння (MFN) втілюють і гарантують реалізацію принципу недискримінації. Відповідно до принципу національного режиму, держава господар повинна запропонувати іноземному інвестору, і відповідним інвестиціям не менш сприятливий режим, ніж для

національного інвестора і відповідних інвестицій. За своєю суттю стандарт національного режиму є порівняльним зобов'язанням, адже для його застосування необхідне порівняння рівня ставлення, який приймаюча держава надає власним інвестиціям з тим, який вона надає іноземним інвестиціям. Принцип найбільшого сприяння, як і національний режим, є анти дискримінаційним зобов'язанням держави, закріпленим у міжнародному інвестиційному договорі. На відміну від національного режиму, завданням якого є усунення дискримінації між іноземними і місцевими інвесторами та інвестиціями, режим найбільшого сприяння передбачає, що приймаюча держава має надавати іноземним інвесторам та інвестиціям не менш сприятливе ставлення, ніж інвесторам і інвестиціям третіх держав [271, с. 127].

Недискримінаційний режим не може гарантувати того щоб відношення до інвестицій і іноземного інвестора було чесним і розумним, а тільки забезпечує ставлення до іноземного інвестора і відповідних інвестицій не менш сприятливе, ніж те, яким користується національний інвестор чи інвестор третьої держави. На відміну від цього, принцип пропорційності (в тому числі відповідності, необхідності і пропорційності в строгому сенсі слова) дає «абсолютний» стандарт, який вимагає країна, щоб забезпечити певне ставлення до іноземних інвесторів і відповідних інвестицій. У порівнянні з недискримінаційним принципом, принцип пропорційності в обмеженні державних заходів, що регулюють інвестиції здається більш обтяжливим та таким що має велике втручання міжнародної правової системи у владу держави. Таким чином, навіть якщо інвестиційний захід, вжитий державою відповідає принципу недискримінації, він може не задовольняти вимогам принципу пропорційності.

Принцип справедливого і рівноправного ставлення. Справедливий і рівноправний режим є одним з найбільш важливих принципів міжнародного інвестиційного права. Керівництво Світового банку з обігу прямих іноземних інвестицій вимагає, щоб всі держави розширили справедливий і рівноправний режим інвестицій, встановлений на їх територіях для громадян будь-якої

держави [152]. Ставлення повинно бути настільки ж сприятливим, як для вітчизняних інвесторів в аналогічних обставинах. Крім того, справедливий і рівноправний режим включає в себе недискримінацію для іноземних інвесторів за ознакою національної приналежності. Керівництво додатково уточнює, що повний захист і безпека повинна надаватися правам інвестора щодо власності, контролю та істотних вигод, одержуваних від власності. Більш конкретно, справедливе і рівне ставлення до іноземних інвесторів передбачає швидко видачу ліцензій і поступки, які можуть бути необхідні для безперебійної роботи допустимої інвестицій, дозвіл допуску іноземного персоналу, вільна передача чистих доходів від інвестицій, а також гарантії в разі ліквідації інвестицій. Стандарт захисту від свавілля і дискримінації пов'язаний з проблемою справедливого і рівноправного режиму. Будь-який захід, який може включати в себе свавілля або дискримінацію, саме по собі суперечить справедливому і рівноправному режиму.

Визначення стандарту справедливого і рівного ставлення еволюціонує на основі звичаєвого міжнародного права. Міжнародні арбітражні і судові рішення визначили багато думок з приводу того що відноситься до кола питань даного стандарту: «Належна правова процедура, довільні і/або дискримінаційна поведінка, порушення законних очікувань, дія за рамки законних повноважень і, в меншій мірі, вимоги прозорості та добросовісності» [123].

Принцип пропорційності є більш конкретним, порівняно з принципом справедливого і рівноправного ставлення. Незважаючи на це, справедливий і рівноправний режим є важливим стандартом в угодах про захист інвестицій. На практиці легше довести порушення справедливого і рівноправного режиму, ніж експропріацію, тож заявники майже завжди посиляться на цей пункт, що містяться в ДІД і багатосторонніх інвестиційних угодах. У справі *Alpha Projektholding v. Ukraine* [229] розчарування законних очікувань інвестора виступило вирішальною підставою для знаходження порушення справедливого і рівного стандарту. Спираючись на ряд попередніх рішень МЦВІС, суд постановив, що «принцип справедливого і рівноправного режиму включає в

себе зобов'язання не порушувати законних очікувань інвестора та зобов'язання уникати довільних дій уряду, незалежно від того, чи є який-небудь дискримінаційний елемент». Це означало, «що уряди повинні уникати довільної зміни правила гри таким чином, підриваючи законні очікування інвесторів». На цій підставі було встановлено, що заявник мав законні очікування, що уряд не буде втручатися в його договірні відносини з третьою стороною, але дані очікування були підірвані. В іншій арбітражній справі, яка розглядалася МЦВІС арбітражем *MTD v Chile*, сторони визнали, що приймаюча держава була зобов'язана розглядати інвестиції на справедливій і рівній основі. Сторони також погодилися з твердженням судді Schwebel про те, що «сенса того, що є справедливим і рівноправним визначається, коли даний стандарт застосовується до набору конкретних фактів, справедливий і рівноправний режим є широким і широко прийнятим стандартом, що охоплює такі основоположні стандарти, як сумлінність, належна правова процедура, недискримінація та пропорційність [238]. Так як принцип пропорційності балансує серед конкуруючих інтересів, представляється доцільним розглядати його як частину принципу справедливого і рівноправного ставлення.

Застосування принципу пропорційності в МЦВІС арбітражі. Принцип пропорційності був вперше застосований при вирішенні справи *Testmed v Mexico* з приводу непрямої експропріації. Заявник *Testmed*, 28 липня 2000 року при зверненні в МЦВІС арбітраж стверджував, що не поновлення мексиканської влади складають непряму експропріацію їх активів, а також має місце порушення ДІД між Іспанією і Мексикою. Арбітражний суд проаналізував регулятивні інвестиційні заходи Мексики відповідно до принципу пропорційності. Трибунал прийняв до уваги і розглянув економічні наслідки та міру тягаря накладеного на інвестора, принципи регулювання інвестицій в країні, що приймає інвестиції, публічні інтереси які захищає держава реципієнт інвестицій, включаючи питання компенсації інвестору відповідно до законодавства. Трибунал вимагав розумного відношення між тягарем, що накладається на іноземного інвестора і інтересом, що передбачав

експропріацію. Трибунал розглянув причини не відновлення, і чи можуть такі причини винести міру, пропорційну позбавленню прав, понесених інвестором і негативних економічних наслідків для заявника, що впливають з такої втрати [220]. Суд постановив, що економічні та комерційні операції після не продовження дозволу були повністю і остаточно знищені, і що ці кошти були невідповідними з кінцями. На прикладі даної справи принцип пропорційності був застосований в наступних МЦВІС арбітражах, тим самим зробивши її сильним прецедент.

Незабаром після прийняття рішення 26 червня 2001 року по справі *Testmed v. Mexico*, МТД подав запит про арбітраж МЦВІС проти Республіки Чилі. МЦВІС повідомив свій вердикт 25 травня 2004 року. Рішення засновується на розробленій практиці по справі *Testmed v Mexico*, зокрема на основі принципів пропорційності та справедливого і рівноправного режиму. [221]

У справі *Aucoven v. Venezuela*, Венесуела підкреслила, що претензії *Aucoven* не відповідають вимогам пропорційності, встановлених в праві Венесуели. [222], Аргентинський уряд як відповідач по справі *CMS v Argentina* стверджував, що прийнята міра була розумною і відповідною переслідуваній меті [224]. У справі *Azurix v Argentina* трибунал підтримав тест на пропорційність застосований у справі *Testmed* про Мексиці, фірма *Azurix* виграла свій позов проти Аргентинської Республіки і окупили частину своїх неповоротних витрат, в розмірі \$ 165 млн. (США) за порушення Аргентиною договору між США і Аргентина [225].

У справі *LG&E v Argentina* трибунал при аналізі обставин послався на пункт 122 рішення *Testmed v Mexico*. Що стосується влади держави застосовувати свою політику, в цілому можна сказати, що держава має право вживати заходи, які мають на меті соціальне або загальне благополуччя. В такому випадку, цей захід повинен бути прийнятий без накладення відповідальності, за винятком тих випадків, коли дії держави явно не відповідають необхідності. Принцип пропорційності був визнаний в *Testmed v Mexico*, зауважив, що «чи можуть такі дії або заходи бути пропорційними

громадським інтересам за умови надання юридичного захисту інвестиціям, беручи до уваги, що значення таких дій, грає ключову роль у вирішенні питання про пропорційності» [226].

У справі *Telenor Mobile Communications A S v Hungary*, Telenor стверджує, що дії, регулятивних заходів, які переслідують інші цілі, ніж інтерес громадськості (відсутність законної мети) або які є непропорційними (відсутність справедливого балансу між переслідуваною метою і засоби, що використовуються) необхідно кваліфікувати як експропріацію [227].

У спорі *Siemens A G v Argentina* принцип пропорційності згадується кілька разів. Наприклад, Siemens стверджує, що авторитет держави, щоб змінити договір був обмежений принципом пропорційності (стаття 28 Конституції Аргентини). При вирішенні питання експропріації, Аргентина згадала тест на пропорційність, висунутий в справі *Tecmed v Мексика*, баланс прийнятих заходів і громадського інтересу. Siemens стверджує, що відповідність і розумність може грати певну роль в оцінці, чи була експропріація здійснена належним чином. Але в той же час ці критерії не впливають на питання, чи існує експропріація чи ні. Siemens також посилається до справ *Waste Management Inc v United Mexican States* та *MTD v Chile*, де трибунали використовували такі терміни, як свавілля, несправедливість, відсутність доброї волі, відсутність належної правової процедури та пропорційності. Аргентина також посилається на справу *Tecmed* проти Мексики як приклад з точки зору розгляду мети і пропорційності заходів. Суд зазначив, що ці міркування були частиною визначення того чи мала місце експропріація, замість визначення компенсації.

В рішенні по справі *Saluka v. Czech Republic* [228] суд зазначив, що «встановлення порушення принципу забезпечення справедливого і рівноправного режиму передбачає зважену оцінку між легітимними і виправданими очікуваннями позивача, з одного боку, і виправданому інтересі відповідача у встановленні нормативного регулювання, з іншого».

Аналогічне за змістом рішення прийняв суд у справі *Lemire v. Ukraine* [232], вирішивши, що для встановлення факту порушення принципу справедливого і рівноправного режиму необхідно дати правову оцінку співвідношення між інтересами інвестора і «іншими юридично значимими інтересами...», [включаючи] суверенні права держави встановлювати законодавство і приймати рішення з метою захисту своїх публічних інтересів, особливо, якщо вони не несуть з собою непропорційно негативні впливи для іноземних інвесторів».

Як ілюструють наведені вище приклади, термін «пропорційність» стає все більш важливим поняттям в юриспруденції МЦВІС. Ряд стандартів застосовуються у випадках націоналізація, наприклад, пропорційність, необхідність і недискримінації. При застосуванні принципу пропорційності арбітражний суд аналізує баланс між особистими правами і громадськими інтересами. Принцип пропорційності вимагає, щоб вжиті заходи не тільки були для законних цілей, а й зберегли належний баланс між державними і приватними потребами. Таким чином, принцип пропорційності має величезний простір для застосування в міжнародному інвестиційному арбітражі.

Принцип мирного врегулювання спорів, займає центральне місце в системі Організації Об'єднаних Націй. Це закріплено в численних конвенціях і є принципом звичаєвого права. Принцип мирного вирішення міжнародних суперечок є імперативним принципом міжнародного права. Він закріплений у пункті 3 статті 2 Статуту ООН, в Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами, в заключному Акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975р., і в багатьох інших універсальних, регіональних і двосторонніх договорах. В умовах постійного розширення і поглиблення міжнародного економічного співробітництва, держави прагнуть до розвитку практики мирних способів вирішення міжнародних суперечок і до вдосконалення способів їх застосування [15].

На сьогодні укладення багатосторонніх та двосторонніх угод супроводжується створенням механізму вирішення інвестиційних спорів про тлумачення та застосування з урахуванням специфіки регульованих сфер міждержавних відносин. Так, особливі механізми мирного вирішення економічних суперечок, що виникають в ході здійснення інвестиційної діяльності, розроблені і діють на основі Вашингтонської конвенції від 1966 р. «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами». У свою чергу, на основі даної Конвенції був заснований Міжнародний центр по врегулюванню інвестиційних суперечок (МЦВІС).

Стандарти доступу до правосуддя, справедливої процедури та заборони заперечення проти правосуддя. Принципи доступу до правосуддя, справедливої процедури, і заборони заперечення справедливості відносяться до трьох етапів судового процесу: право поставити вимогу, право обох сторін на справедливе поводження в ході розгляду, а також право на відповідне рішення в кінці процесу. По суті, ці принципи діють як вираз міжнародного стандарту, який вимагає створення гідної і цивілізованої системи правосуддя, як це відображено у прийнятій міжнародній та національній практиці.

Стандарт неупередженості і незалежності арбітрів є принципово важливим аспектом, який гарантує цілісність арбітражного процесу. Стаття 14 (1) Конвенції МЦВІС є досить нетиповою в цьому відношенні. Проте, МЦВІС трибунали припустили, що ці два поняття неупередженості та незалежності в цілому збігаються. Незалежність, як правило, стосується відносин між арбітром і сторонами або їх представниками; в той час як неупередженість більшою мірою відноситься до поглядів і думок арбітра. Обидві ці проблеми були розглянуті в МЦВІС практиці. У справі *Alpha Projektholding v. Ukraine* відповідач намагався дискваліфікувати арбітра позивача через підозру в причетності до особистих відносин з адвокатом позивача. Насправді, обидва вони були зараховані в академічну програму в Юридичній школі Гарварду в той же час роки тому назад. Арбітраж відповідно до правил МЦВІС прийшов до висновку, що: «давно минула зустріч в навчальному закладі, забезпечує

об'єктивні підстави, реальні або уявні, для виправдання очевидного побоювання щодо неупередженості або для демонстрації відсутності надійності, до незалежності арбітражного розгляду». Тим не менш, вони не знайшли ніяких доказів того, що це знайомство багато років може вплинути на волю арбітра [229].

Стандарт повного захисту і безпеки передбачений міжнародними інвестиційними угодами, покликаний забезпечити повний захист і безпеку для іноземних інвесторів зазвичай розуміється як обов'язок, запобігти реальній фізичній шкоді іноземним інвестиціям зі сторони третіх осіб. Широко поширена думка, що повний захист і безпека не має на увазі строгий обов'язок. Швидше за все від приймаючих держав вимагається виявляти належну обачність в спробі запобігти шкоді.

У справі *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., та InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina* [230], була висловлена думка про те, що «повне забезпечення захисту та безпеки не є гарантією проти всіх травм, які можуть спіткати інвестиції, а лише є необхідністю приймаючою країною проявляти належну обачність». Вимоги позивачів виникли з договорів концесії на експлуатацію та управління водопостачальними підприємствами. Позивачі заявляли про порушення державою ряду стандартів захисту інвестицій, передбачених відповідними угодами про захист інвестицій, а саме: недотримання державою гарантій, пов'язаних з прямої і непрямой експропріації інвестицій, порушення режиму повного захисту і безпеки, а також недотримання державою справедливого і рівного режиму іноземних інвестицій. Склад арбітражу частково задовольнив вимоги позивачів, визнавши порушення з боку Аргентини справедливого і рівного режиму іноземних інвестицій. При цьому суд відкинув заяви позивача про пряму або непрямую експропріацію інвестицій, оскільки, на думку складу арбітражу, інвестори не були позбавлені прав власності на інвестиції та обмежувальні дії з боку держави не досягли рівня непрямой експропріації.

Окремо слід зазначити, що склад арбітражу також відкинув аргументи відповідача про те, що держава діяла в умовах крайньої необхідності. Проведений аналіз поняття «необхідності» в розумінні Статей Комісії міжнародного права ООН про відповідальність держав, з урахуванням арбітражної практики з даного питання, дав можливість складу арбітражу дійти висновку, що Аргентина не має підстав для застосування аргументу «крайньої необхідності». Зокрема, суд дійшов висновку, що Аргентина порушила дві необхідні умови його застосування - дії, вжиті державою, не були єдино можливими заходами для захисту інтересів держави, а також Аргентина сама певною мірою сприяла створенню надзвичайного стану.

Не викликає сумнівів, що стандарт повного захисту і безпеки відноситься до фізичного захисту інвестора і його активів. Насправді, в ряді випадків суди передбачали, що цей стандарт поширюється виключно або переважно на фізичну безпеку і обов'язок приймаючої держави захистити інвестора від насильства, спрямованого на людей і майно.

Так, у справі *Rumeli v Kazakhstan* [231] трибунал зазначив, що: Арбітражний суд згоден з Відповідачем, що стандарт повного захисту і безпеки зобов'язує державу забезпечити певний рівень захисту іноземних інвестицій від фізичних ушкоджень.

У рішенні по справі *Saluka v Czech Republic* [232] трибунал вказав, що: стандарт «повного захисту і безпеки» застосовується в основному, коли іноземні інвестиції постраждали в результаті заворушень і фізичного насильства.... положення «повної безпеки і захисту» не призначені для покриття будь-якого типу зменшення корисності інвестицій інвестора, а спрямовані для захисту більш конкретно фізичної цілісності інвестицій від втручання з застосуванням сили. Трибунал по справі *Eastern Sugar v Czech Republic* запропонував, з приводу стандарту захисту інвестора від посягань третіх осіб: У міру того як Трибунал розуміє, критерій в ст. 3 (2) ДІД між Чехією та Нідерландами, обов'язок приймаючої держави стосується захисту інвестора від третіх осіб(наприклад повстанців, найманців та інших). Тому у

випадку коли держава не може надати повний захист та безпеку, то вона не може вчинити дій, щоб запобігти порушенням з боку третіх осіб [234]. Несприятливі наслідки фізичного насильства можуть статися від приватних осіб або від дій приймаючої держави та її органів.

Рішення МЦВІС є остаточними і не підлягають процедурам оскарження. Тільки при дуже обмежених обставинах, можна переглянути рішення. Два потенційно суперечливі один одному принципи мають місце в процесі розгляду судового рішення: принцип остаточності та принцип справедливості. Остаточність служить цілям ефективності з економічної точки зору врегулювання суперечок. Справедливість є недосяжною метою, яка вимагає часу і зусиль і може включати в себе кілька шарів управління, явище, яке добре відомо зі звернень у вітчизняній судовій процедурі. У міжнародному арбітражі, принципу остаточності, як правило приділяється більшій ваги, ніж принципу справедливості.

3.3. Вибір застосованого права у вирішенні інвестиційних спорів і вибір суду за Вашингтонською конвенцією

До компетенції Міжнародного Центру з Вирішення Інвестиційних Спорів належить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про який повідомлено Договірною державою МЦВІС) та особою іншої Договірної держави, за умови наявності письмової згоди учасників спору про передачу такого спору для вирішення в МЦВІС (п. 1 ст. 25 Вашингтонської конвенції).

Зі змісту ст. 25 Вашингтонської конвенції випливає, що компетенція МЦВІС визначається з урахуванням обставин, що відносяться до предмету розгляду (*ratione materiae*), і обставин, що відносяться осіб що беруть участь в суперечці (*ratione personae*).

Стаття 25 Вашингтонської конвенції містить загальну норму, яка визначає компетенцію МЦВІС. Згідно до неї, як уже було відзначено вище, застосовуються два критерії: приналежність особи іншій державі і визнання спору інвестиційним. Відповідно до ч. 3 ст. 25 обов'язковою умовою визнання юрисдикції МЦВІС є згода, або компроміс, відома як "арбітражна угода".

В інших статтях також вирішуються окремі питання, пов'язані з визначенням компетенції МЦВІС. У ст. 26 передбачається, що згода сторін про передачу в МЦВІС спору для вирішення методом арбітражу означає, якщо не передбачено іншого, обов'язковість такої згоди та відмову від використання інших засобів вирішення спору. Відмова від звернення до інших засобів вирішення спору є іншою важливою умовою визнання компетенції МЦВІС. Цій умові відповідає положення ст. 27 Вашингтонської конвенції, яка передбачає, що Договірна Держава відмовляється забезпечувати дипломатичний захист або звертатися з позовами міжнародно-правового характеру.

Арбітражні рішення засновуються на матеріально-правових нормах, які можна застосувати до відносин між сторонами. Вашингтонська конвенція про врегулювання інвестиційних спорів між державами та фізичними і юридичними особами інших держав (Конвенції МЦВІС) не забезпечує ці матеріально-правові норми. Як відзначає професор К. Шреер, будь-які зусилля спрямовані на кодифікацію матеріального права з іноземних інвестицій в рамках конвенції, привели б до непереборних труднощів [153].

Конвенція встановлює процедурні рамки для врегулювання суперечок. Тим не менш, стаття 42 Конвенції передбачає механізм, відповідно до якого суд повинен вибрати відповідні норми права для конкретного спору. Цей механізм поєднує в собі гнучкість з визначеністю. Гнучкість забезпечується шляхом надання сторонам свободи вибору застосовуваного права. Визначеність гарантується шляхом забезпечення того, якщо сторонам не вдасться зробити цей вибір, суд знайде відповідні правила для того, щоб вирішити суперечку (застосування закону приймаючої держави в поєднанні з міжнародним правом).

Стаття 42 Конвенції МЦВІС передбачає наступне:

1. Арбітраж розглядає спір, згідно норм права, відповідно до згоди сторін. У випадку відсутності згоди сторін Арбітраж застосовує право Договірної держави, що виступає як сторона в спорі, а також норми міжнародного права, які можуть бути застосовані.

2. Арбітраж не вправі приймати невизначені рішення (рішення *non liquet*) посилаючись на відсутність або неясність правових норм.

3. Положення пунктів (1) та (2) не впливають на право Арбітражу приймати рішення, які ґрунтуються на справедливості та совісті (*ex aequo et bono*), якщо сторони домовляться про це [15].

З огляду на зазначене вище, норма статті 42 Конвенції стосується лише матеріального права, яке буде застосовуватися, процедурні питання даною нормою не передбачені. Для обрання застосованого права суд в першу чергу, повинен перевірити, чи обрали сторони правову систему або окремі правові норми або принципи права, відповідно до статті 42 (1) Конвенції. У випадку, якщо сторони не домовилися про застосовані норми права, суд звертається до права приймаючої держави і міжнародного права (стаття 42 (1) Конвенції, друге речення).

З урахуванням зазначеного вище:

– Основні норми права для вирішення спору між сторонами не передбачені Конвенцією МЦВІС.

– Сторони вільні у виборі застосовного матеріального права, що суд повинен застосувати для вирішення спору.

– Якщо сторони не домовилися про вибір закону, суд буде застосовувати закон приймаючої держави і норми міжнародного права.

Конвенція МЦВІС передбачає принцип автономії сторін, що надає свободу вибору сторонам застосовного права за угодою. Як і будь-який інший арбітражний суд, МЦВІС трибунал пов'язаний угодою сторін в цьому питанні. Закон приймаючої держави є типовим вибором для договірних відносин щодо інвестицій.

У справі *Mobil Oil v. New Zealand* [239] сторони домовилися, що арбітражний суд буде застосовувати закон Нової Зеландії. Вибір закону країни інвестора або третьої держави, є нетиповим для практики. Такий вибір буде створювати труднощі, якщо інвестиції включають в себе заходи, які тісно пов'язані з правовою системою приймаючої держави в сфері адміністративного, трудового та податкового права.

Винятком із цього спостереження є добре відома практика кредитних договорів за законодавством держави кредитора або за законодавством третьої держави, де знаходиться фінансовий центр. Застереження для застосування закону країни інвестора знайшло місце в справі *Colt Industries v. The Republic of Korea* [240]. У цьому особливому випадку, інвестиції виходять з технічних і ліцензійних угод, які найбільш тісно пов'язані з рідною країною ліцензіара.

Стаття 42 (1) Конвенції у першому реченні стосується «норми права», а не правових систем. Отже, як правило, визнається, що сторони не обмежуються прийняттям повної правової системи, а можуть вільно комбінувати правила різного походження. Таким чином, вибір закону може відноситися до різних правових систем кумулятивної, або відносити різні частини угоди до різних систем права, процесу, званого «*dépeçage*».

«Відсилання» відповідно до першого речення статті 42 (1) являє собою процес, за допомогою якого обрана система права, в свою чергу включає в себе норми, що стосуються колізії законів, які роблять посилання на іншу правову систему. Так як в першому реченні статті 42 (1) не має ніяких посилань на правила про колізії законів, як це має місце у другому реченні, само собою зрозуміло, що явний вибір закону застосовується тільки до основних правил обраного закону, але не до колізії норм законів, пов'язаних з нею.

Вибір сторонами міжнародного права для вирішення спору.

У Доповіді Виконавчих Директорів Світового Банку про Конвенцію ICSID підкреслюється що термін «міжнародне право», як він використовується в даному контексті, слід розуміти в значенні, наданому йому статтею 38(1) Статуту Міжнародного Суду ООН, приймаючи до уваги той факт, що стаття 38

була призначена для застосування до міждержавних спорів. Стаття 38.1. Статуту Міжнародного Суду ООН передбачає:

Суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права, застосовує:

a) міжнародні конвенції як загальні, так і спеціальні, встановлюючи правила, точно визнані державами, що сперечаються;

b) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми;

c) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями;

d) із застереженням, зазначеним в статті 59, судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй в якості допоміжного засобу для визначення правових норм [13]. При цьому в англійському та іспанському текстах Конвенції міститься термін «норми міжнародного права», а у французькому тексті – «принципи міжнародного права».

З метою захисту інтересів інвестора з урахуванням невизначеності закону приймаючої держави, сторони іноді вирішують інтернаціоналізувати свою згоду. Дана мета досягається шляхом посилання на міжнародне право або на загальні принципи права, спільно з законодавством приймаючої держави. Застосування тільки міжнародного права без урахування будь-якого посилання на внутрішнє законодавство не рекомендується. Тим не менш, багато багатосторонніх договорів, що передбачають МЦВІС арбітраж, включаючи договір НАФТА і Договір до Енергетичної Хартії, містять положення щодо застосовного права, що тільки стосується відповідного договору і норм міжнародного права.

Наприклад, в статті 26 Договору до Енергетичної Хартії передбачено: (б) суд, створений згідно з пунктом (4) приймає рішення по спірним питанням відповідно до цього Договору та застосовних норм і принципів міжнародного права [169].

У справі AGIP v. Congo сторони домовилися про застосування закону Конго, доповненого принципами міжнародного права. Після встановлення того, що за законом Конго, націоналізація власності Заявника, є порушенням закону, Трибунал звернувся до міжнародного права: 82. У даному випадку, слід нагадати, що відповідно до статті 15 Угоди, закон Конго може бути «доповнений», коли випадок виникає на засадах міжнародного права. 83. Дана позиція була підтримана AGIP, кваліфікація «доповнити» має тлумачитися як можливість підпорядкування закону Конго міжнародному праву. Якими б не були переваги цього аргументу досить того, щоб Трибунал відзначив, що використання слова «доповнений» означає, звернення до засад та принципів міжнародного права можуть бути зроблені з метою заповнення прогалин закону, або з метою його доповнення [241].

Міжнародне право як частина внутрішнього законодавства. Норми міжнародного права часто включені в національне законодавство країн за допомогою різних методів. Таким чином норми міжнародного права імплементуються в норми внутрішнього законодавства тим самим заповнюючи прогалини в системі внутрішнього права. Тож будучи включеними в внутрішнє законодавство норми міжнародного права можуть бути розглянуті як частина системи внутрішнього права, обраного сторонами для розгляду в МЦВІС арбітражі. Але це було б дуже просто, покладатись на включення міжнародного права у внутрішнє право, обране сторонами. Статус міжнародного права відповідно до внутрішніх конституцій не має однакового положення. Внутрішні нормативні акти можуть мати пріоритет над міжнародним правом. Деякі частини міжнародного права можуть розглядатися як ті що не володіють самі по собі виконавчою силою, а потребують для вступу в силу в виданні відповідного національного закону.

Отже, інвестор який шукає захисту в міжнародному праві не повинен просто покладатись на посилення на міжнародне право в законодавстві приймаючої держави. Інвестор повинен наполягати або на виборі пункту

закону, який включає в себе міжнародне право або на застосуванні другого речення статті 42 (1).

Залишається відкритим питання того, чи братиме міжнародне право до уваги МЦВІС суд, якщо воно не згадується в угоді сторін про вибір права. Існують вагомі підстави для припущення, що існує місце для міжнародного права навіть при наявності угоди про вибір закону, в якій не згадується про це.

У справі *SPP v. Египт* [242], була розбіжність щодо того, чи був зроблений вибір єгипетського закону сторонами і, чи міжнародне право може бути застосовано відповідно до другого речення статті 42 (1). Трибунал оголосив, що ці суперечності є несуттєвими, вважаючи, що міжнародне право може бути застосовано в будь-якому випадку:

80. І, нарешті, навіть якщо прийняти точку зору відповідача про те, що Сторони беззастережно погодилися застосовувати єгипетське законодавство, така угода не може повністю виключити пряме застосування норм міжнародного права в певних ситуаціях. Закон, як і всі муніципальні правові системи, не є повним або вичерпним, і у випадку прогалин він не може сказати, що існує згода щодо застосування верховенства права, яка відповідно до гіпотези, не існує. У такому випадку, слід сказати, що є «відсутність згоди» і, отже, друге речення статті 42 (1) Конвенції повинно увійти в гру.

Трибунал приступив до застосовувати норми міжнародного права, щоб перемогти єгипетський аргумент, що деякі дії його посадових осіб були недійсними відповідно до єгипетського законодавства. Суд постановив, що ці акти створили сподівання на захист від застосування принципів міжнародного права, що встановлюють міжнародну відповідальність держав за несанкціоновані дії або накази посадових осіб, які мають офіційний характер:

84. Коли муніципальне право містить прогалину, або порушується міжнародне право, Суд повинен відповідно до статті 42 Вашингтонської Конвенції безпосередньо застосовувати відповідні принципи і норми міжнародного права.

Проаналізоване рішення вказує на небажання відмовитися від міжнародного права на користь внутрішнього права держави. Повне виключення міжнародного права внаслідок узгодженого вибору закону, який містить тільки норми внутрішньої правової системи призведе до небажаних наслідків. По-перше це означало б, що МЦВІС трибунал повинен підтримувати дискримінаційні та довільні дії з боку держави перебування, які призводять до порушення зобов'язань, як наслідок відмова в правосудді, якщо данні дії відповідають чинному внутрішньому законодавству. По-друге відмова від міжнародного права передбачала б те, що іноземний інвестор, шляхом санкціонованого вибору права, може підписати відмову від мінімальних стандартів для захисту іноземців та їх власності, розробленої в звичайному міжнародному праві. Таке рішення суперечило б меті Конвенції для стимулювання інвестицій шляхом створення сприятливого інвестиційного клімату [151].

Таким чином, міжнародні мінімальні стандарти повинні бути збережені, навіть за відсутності посилання на міжнародне право у виборі застосованого права сторонами. Обов'язкові норми міжнародного права, які забезпечують мінімальний міжнародний стандарт захисту для іноземців, існують незалежно від будь-якого вибору права. Угода як і раніше регулюється внутрішньою правовою системою, обраною сторонами. Тим не менш, цей вибір перевіряється шляхом застосування ряду обов'язкових міжнародних правил, таких як заборона на відмову в правосудді, заборона дискримінації чи вилучення власності або довільної відмови від договірних зобов'язань.

Тож, по-перше принцип автономії сторін передбачає свободу вибору матеріального права врегулювати свої суперечки; по-друге сторони можуть поєднувати положення різних внутрішніх або міжнародних правових систем; по-третє навіть якщо сторони не включили норми міжнародного права в свою угоду, суд збереже застосування міжнародних мінімальних стандартів захисту.

Способи вибору застосованого права. Вибір права яке буде застосовуватися сторонами може бути зроблено одним з декількох способів.

Одним з них є пряма угода між сторонами, яка може бути укладена до або після порушення справи. Звичайний спосіб - домовитися про вибір права через пункт в первісній інвестиційній угоді між державою, що приймає та інвестором.

Типові положення МЦВІС 1993 року пропонують наступний зразок для прямої угоди про вибір права: Стаття 10 передбачає, що арбітраж, утворений відповідно до цієї угоди, застосовує специфікації системи права [через дату підписання договору]/[за умов внесення наступних змін: ...]. [153]

У своїй угоді сторони можуть посилатися на внутрішнє законодавство, норми міжнародного права, поєднувати внутрішнє і міжнародне право, або застосовувати закон заморожений в часі або при дотриманні певних модифікацій. Сторони можуть вільно домовитися про норми права, які вони обирають для застосування.

У деяких випадках законодавство або договір, що передбачає МЦВІС юрисдикцію включає в себе положення про застосоване законодавство. Таке положення перетворюється в угоду про вибір права сторонами при прийнятті юрисдикції інвестора.

Вибір права може бути здійснений у двосторонній інвестиційній угоді. Багато двосторонніх інвестиційних договорів (ДД) містять вибір правових положень. Вони зазвичай включають в себе посилання на закон Договірної Держави, норми і принципи міжнародного права, а іноді і на положення конкретного інвестиційного контракту. Наприклад, стаття 10 двосторонньої інвестиційної угоди між Аргентиною і Нідерландами укладеної в 1992 році після забезпечення МЦВІС арбітражу, передбачає:

7. Арбітражний суд звертаючись до пункту (5) цієї статті, приймає рішення на підставі закону Договірної Сторони, яка є стороною в суперечці (включаючи його правила про конфлікт закону), положеннями цієї угоди, спеціальних угод, укладених щодо інвестицій, а також таких норм міжнародного права, які можуть бути застосовані [224].

Відповідно до Конвенції МЦВІС, свобода сторін вибирати норми права для застосування не обмежується часом укладення інвестиційного договору або

навіть часом виникнення суперечки. Сторони вправі обирати норми права які будуть застосовуватися навіть під час арбітражного розгляду. [157, с. 201].

У справі *Benvenuti & Bonfant v. Congo* сторони дійшли згоди в Міжнародному комерційному арбітражі уповноважити Трибунал правити по справедливості («ex aequo et bono») [153], повноваження були прийняті Трибуналом [121]. Хоча ця угода не строго пов'язана з нормами права, як це передбачено в першому реченні статті 42 (1) Конвенції, дана угода була досягнута в ході розгляду справи.

Залишається відкритим питання про те, чи угода сторін про застосоване право повинна бути явно виражена або може виходити з фактів і обставин відносин. Стаття 42 (1) Конвенції МЦВІС не вимагає, щоб угода сторін повинна бути в письмовій формі або, що вона повинна бути явно вираженою. Однак вибір закону, повинен бути засвідченим «з достатнім ступенем впевненості» відповідно до умов договору сторін або обставин справи [145].

Іноді, вибір права виходить з поглядів сторін, їх уявлення про джерела регулювання перед судом приймається як аргумент для підтримки не вираженого в угоді вибір права. Таким чином у справі *AAPL v. Sri Lanka* [172] трибунал зазначив, що сторони, які не уклавши арбітражної угоди безпосередньо шляхом переговорів, не мали можливості вибрати застосовне право заздалегідь арбітражного розгляду. Таким чином, в даному випадку вибір права матеріалізується через поведінку сторін в арбітражному процесі. Спостереження за поведінкою сторін привело Трибунал до висновку, що: обидві сторони діяли таким чином, що демонструвало їх взаємну згоду розглянути положення двостороннього інвестиційного договору між Шрі-Ланкою та Сполученим Королівством як основне джерело, застосоване до їх відносин.

В інших ситуаціях суд може прийняти незалежний висновок про вибір права, але може брати до уваги доводи сторін в якості підтвердження свого власного вибору. У справі *Amco v. Indonesia* Трибунал визначив, що, оскільки сторони не висловили згоди щодо норм застосованого права, індонезійське

законодавство і норми міжнародного права, повинні бути застосовані. Трибунал знайшов підтвердження свого рішення в тому, що обидві сторони не тільки не заперечували застосовність цих двох систем права, але, по суті, постійно посилалися на них [153].

Виходячи з вищенаведеного сторони можуть вибрати застосовне право шляхом прямої угоди або шляхом вибору права в договорі або законодавчих положеннях, які передбачають МЦВІС арбітраж; вибір права може здійснюватися також після початку арбітражного розгляду; арбітраж може самостійно прийняти рішення про вибір права спираючись на дії сторін.

У випадку обрання сторонами внутрішньої правової системи держави, що приймає інвестиції, іноземний інвестор ризикує потрапити під негативну дію наступних змін в цьому законодавстві. Наступні зміни в чинне законодавство можуть мати серйозний вплив на інвестиції, наприклад, припинення дії договору і експропріації власності інвестора. Зміни у внутрішньому законодавстві можуть бути менш істотні, але все ще матимуть сильний вплив на інвестиційні відносини. Зміни в оподаткуванні, екологічних стандартах, мінімальної заробітної плати та будь-якого іншого аспекту регуляторної структури в діяльності інвестора, є типовими прикладами. Одним із способів запобігання впливу наступних змін є введення стабілізаційних положень в інвестиційний договір. Стабілізаційні положення захищають інвестора від подальших змін місцевого законодавства. Держава все ще може змінити своє законодавство, але стабілізаційне застереження встановлює обіцянку не застосовувати будь-які несприятливі зміни до діяльності інвестора або обіцянку компенсувати інвестору втрати за будь-які несприятливі наслідки такої зміни. Іншими словами, з точки зору інвестора, закон заморожується на час дії контракту.

Для того, щоб захистити положення стабілізації від одностороннього анулювання через внутрішнє законодавство приймаючої держави, вони регулюються нормами міжнародного права, навіть якщо для регулювання інвестиційних відносин між сторонами обране внутрішнє законодавство.

ICSID Model Clause [126] 1993 року в статті 10 передбачає можливість стабілізувати обраний закон. Пропонується включити слова «як в силу на дату, на яку підписано дану угоду». Стабілізаційне положення часто використовуються в контрактах, які передбачають МЦВІС арбітраж. Стабілізація положення не повинні бути всеосяжними, вони можуть бути використані вибірково стосуватись тільки певної сфери відносин. Так у справі *Kaiser Vauxite v. Jamaica*, основна угода між сторонами включала стабілізаційне застереження що до податків.

За відсутності положення стабілізації, як правило, застосовується обраний закон який розвивається з плином часу. Нормальні зміни в правовій системі держави, що приймає інвестиції, які представляють собою адаптацію змін в соціально-економічній та технологічній сфері, будуть застосовуватися до існуючих інвестиційних відносин. Вони, як правило, пов'язані зі змінами трудового законодавства, розумного коригування податкового законодавства і оновлення технічної безпеки і екологічних стандартів.

Інша справа, коли заходи, прийняті за рахунок зміни внутрішнього законодавства, спрямовані на скасування договірних відносини або на встановлення рамок, при яких інвестор більше не можуть працювати. Відмова від договору або конфіскація чи експропріація власності інвестора через наступні зміни закону є наочними прикладами таких ситуацій. В міжнародному праві свобода держави законодавчо обмежена мінімальним стандартам захисту.

Якщо арбітражний суд не може знайти угоду між сторонами про застосоване до спору право, він повинен звернутися до правила, що міститься в другому реченні статті 42 (1) Конвенції: У випадку відсутності згоди сторін Арбітраж застосовує право Договірної держави, що виступає як сторона в спорі, а також норми міжнародного права, які можуть бути застосовані. У справі *Benvenuti & Bonfant v. Congo* сторони не дійшли згоди про застосовне право, вибір в цьому випадку був зроблений шляхом пошуку договірних документів, які керували відносинами між сторонами. Інший метод полягає в пошуку неявного або непрямого вибору права в угодах або в більш пізній

поведінці сторін, як, наприклад, їх уявлення про Трибунал в ході судового розгляду. Положення другого речення статті 42 (1) можуть бути застосовані, навіть якщо сторони уклали угоду про вибір права. Це стосується тих випадків, коли сторони не зробили угоду про застосоване право повною, в результаті чого деякі аспекти взаємин не мають відповіді, єдиним прийнятним рішенням є застосування другого речення статті 42(1) Конвенції.

Формула яка міститься у другому реченні статті 42 (1), яка включає в себе застосування закону приймаючої держави є нестандартною. Інші документи, що регулюють міжнародний арбітраж дають трибуналами право застосовувати закон, який вони вважають найбільш прийнятним. Під час розробки Конвенції, представники країн які імпортують капітал наполягали на тому, що тільки закон приймаючої країни слід застосовувати при відсутності угоди між сторонами. Перемога цієї позиції пом'якшується тим фактом, що, в більшості випадків, закон приймаючої держави є тим, до якого інвестиційні відносини мають найбільш тісний зв'язок і, отже, застосування даної норми здійснюється відповідно до загальних принципів колізії законів. Крім того, закон приймаючої держави буде зазнати корегування від міжнародного права. МЦВІС трибунали застосували положення даної статті в декількох випадках, коли вони не могли знайти угоду між сторонами про вибір права. Наприклад, у справі *Amco v. Indonesia* трибунал зазначив: Сторони не виявили згоди щодо норм права, згідно з яким спори між ними повинні вирішуватися, суд зобов'язаний застосовувати індонезійський закон, який є законом Договірної Держави-учасниці в суперечці, і норми міжнародного прав, які трибунал вважає придатними під час розгляду питань і проблем в спорі.

У більшості випадків суди розглядають спір застосовуючи внутрішнє законодавство держави. У справах *Benvenuti & Bonfant v. Congo* та *SOABI v. Senegal*, трибунали встановили, що закони відповідних приймаючих держав перебували під сильним впливом французького права і поклалися на цей закон як на спосіб визначення відповідних норм внутрішнього законодавства приймаючої держави. Стабілізація положення, як правило, не застосовуються, у

випадках коли сторони не розглянули питання про вибір права. Таким чином, в якості загального принципу, закон приймаючої держави буде застосовуватися, разом з його змінами з часом. Друге речення статті 42 (1) містить положення, в якому міститься відсилання «... (У тому числі свої правила про конфлікт законів) ...». Мета цього положення полягає в пом'якшенні посилання на закон приймаючої держави, щоб забезпечити застосування іншої системи права, яка може мати більш тісний зв'язок з угодою сторін.

Надалі розглянемо питання застосування норм міжнародного права до врегулювання спорів. Кінцева норма статті 42 (1), друге речення стосується : «Такі норми міжнародного права, які можуть бути застосовані». У пункті 40 доповіді виконавчих директорів до Конвенції передбачено, що термін «міжнародне право», який використовується в даному контексті слід розуміти в тому сенсі, який йому наданий статтею 38 (1) Статуту Міжнародного Суду (International Court of Justice (ICJ)), з огляду на те що дана стаття була розроблена для застосування в міждержавних суперечках. Дане положення направляє МЦВІС трибунал, подивитися на повний спектр джерел міжнародного права подібним чином, як і Міжнародний Суд.

Договірне право є одним з найбільш важливих аспектів міжнародного права, яке повинні застосовуватися Міжнародним центром з вирішення інвестиційних спорів. У першу чергу серед договорів є двосторонній інвестиційний договір (ДІД) між приймаючою державою і державою інвестора. Крім того, ряд багатосторонніх договорів, таких як НАФТА і MERCOSUR Інвестиційний Протокол містять детальні правила, що стосуються іноземних інвестицій. Всі ці договори спеціально призначені для регулювання інвестиційних відносин і є частиною «норм міжнародного права», згаданих в другому реченні статті 42 (1) Конвенції. Велике і швидко зростаюче число ДІД і багатосторонніх договорів, що стосуються інвестицій зробити їх найбільш важливим джерелом міжнародного права, що застосовується МЦВІС трибуналом, або як було зазначено у справі APL v. Sri Lanka, основним джерелом застосованих правових норм. Інші договори також можуть стати

актуальними для МЦВІС арбітражу. Наприклад, у справі *SPP v. Egypt* Конвенція ЮНЕСКО 1972 року про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини грає ключову роль в суперечці [223].

Для врегулювання інвестиційних суперечок сторони та арбітраж також звертаються до звичаєвого міжнародного права. Звичаєве міжнародне право пропонує важливі орієнтири в інвестиційних спорах. Правила щодо мінімального стандарту ставлення до іноземців, в тому числі їх власності, про заборону експропріації і компенсації, про заборону відмови в правосудді і про відповідальність держав за заподіяння шкоди іноземцям є очевидними прикладами звичаєвого міжнародного права. МЦВІС трибунали часто застосовуються норми звичаєвого міжнародного права. Так, у справі *Benvenuti & Bonfant v. Congo* [153], Трибунал ухвалив, що принцип компенсації в разі націоналізації є одним із загальноновизнаних принципів міжнародного права. У спорі *Amco v. Indonesia*, Трибунал спирався на принцип поваги набутих прав у зв'язку з дозволом інвестувати, якого позивач отримав від відповідача. Рішення у справі *LETSCO v. Liberia* передбачало, що для того щоб націоналізація була законною, вона повинна була б ґрунтуватися на законодавчому акті, прийнята для добросовісного суспільного призначення, носити недискримінаційний характер і супроводжуватися відповідною компенсацією.

При вирішенні інвестиційних спорів застосовуються загальні принципи права, які знаходяться в рамках процесу порівняльного права, згідно з яким встановлюються загальні особливості національних правових систем. Серед цих загальних принципів права, як правило, визнаних МЦВІС арбітражем є загальні принципи договірного права (договори повинні виконуватись «*pacta sunt servanda*»), заперечення про невиконання контрагентом договірних зобов'язань («*exceptio non adimpleti contractus*»), позбавлення права заперечення «*estoppel*»), безпідставне збагачення, повна компенсація збитків в результаті нездатності виконувати договірні зобов'язання, загальні принципи належної правової процедури, позивач несе тягар доказування та принцип остаточності судового рішення («*res judicata*»). Крім того, МЦВІС трибунал в значній мірі

спирається на загальні принципи права при оцінці збитку. Перед застосуванням передбачуваних загальних принципів права, необхідно приділяти велику увагу встановленню цих принципів за допомогою індуктивних доказів, а не просто постулювати їх існування.

У справі *Klöckner v. Cameroon*, трибунал під час застосування внутрішнього права держави додав, що «обов'язок повного розкриття партнеру в контракті» був не тільки принципом французького цивільного права, а «справді має місце в рамках інших національних кодексів, які ми знаємо» і це є критерієм який «ставиться до відносин між партнерами простих форм об'єднання в будь-якому місці» [268, с. 603]. Спеціальний комітет прийняв ці альянзи в якості посилання на загальні принципи права. У анулюванні рішення, він висловив жаль з приводу відсутності будь-яких повноважень для загальних принципів і прийшов до висновку, що міркування більше схоже на прості посилання до справедливості.

Стаття 42 (3) Конвенції, не обмежує здатності Трибуналу вирішувати суперечку по справедливості («ex aequo et bono»), якщо сторони домовляться про це. Таким чином, суд, якщо він буде уповноважений на це сторонами, може засновувати своє рішення на екстра-правових аспектах, які він вважає справедливим. Угода, яка дозволяє суду прийняти рішення по справедливості може бути особливо доречною у випадку складних довгострокових відносин. Під час розвитку інвестиційних відносин можуть з'явитися нові обставини, які не були прийняті до уваги спочатку.

Отже, рішення, засноване на справедливості, а не на законі може забезпечити справедливе рішення, що враховує зміну обставин. Надання трибуналу повноважень вирішити справу по справедливості повинні бути явно виражені в угоді між сторонами. Дозвіл, наданий до суду сторонами прийняти рішення по справедливості може бути загальним або обмежений лише деякими питаннями. Питання, виключені з повноважень повинні бути прийняті відповідно до норм права. Сторони можуть домовитися про прийняття рішення по справедливості як до так і в ході судового розгляду. У справі *Benvenuti &*

Bonfant v. Congo [243] не було узгодженого вибору права і тому була застосована норма статті 42 (1). На першій сесії Трибуналу, заявник запропонував, щоб Трибуналу було надано право приймати рішення по справедливості. Хоча перша пропозиція була відхилена відповідачем, в подальшому в ході розгляду, сторони дійшли згоди спробувати полюбовного врегулювання в іншому випадку вони уповноважили Трибунал «винести своє остаточне рішення якомога швидше, по справедливості». Після отримання повідомлення про неможливість вирішення шляхом переговорів, Трибунал застосував частину 3 статті 42 Конвенції. Явна згода відповідно до положень статті 42 (3) є абсолютно необхідною умовою для прийняття рішення, заснованого на справедливості, а не на законі. Прийняття рішення по справедливості без дозволу сторін підлягає скасуванню за перевищення повноважень. Повноваження здійснювати судовий розгляд по справедливості не перешкоджає суду від застосування норм права. Тож, суд може на свій розсуд не тільки обирати для застосування принципи справедливості, а й застосовувати правові норми. Виходячи з вищенаведеного у справі *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, Трибунал був уповноважений сторонами прийняти рішення по справедливості. Це не виключило можливості Трибуналу застосовувати норми права. Суд постановив, що компенсація за націоналізацію регулюватиметься відповідно до законодавства приймаючої держави та міжнародного права, а сума збитків була визначена по справедливості. Не кожна згадка про принципи справедливості є рішенням по справедливості. Трибунал може здійснювати певну свободу в застосуванні закону на основі справедливості і неупередженості. Іншими словами, рішення по справедливості слід відрізняти від справедливості в рамках закону. Комітет *Ad hoc* який діяв у справі *Amco v. Indonesia* заявив: (Не) будь-яка згадка про «справедливий розгляд» в арбітражному рішенні обов'язково зводиться до вирішення по справедливості... Розуміння справедливості дійсно може стати частиною закону, який буде застосовуватися Трибуналом, будь то закон Індонезії або міжнародне право. Таким чином, Комітет *Ad hoc* вважає, що розуміння

справедливості неправильно розглядати як автоматичну еквівалентність рішенню по справедливості [60]. Хоча суд уповноважений сторонами на свій розсуд вибирати і застосовувати справедливі принципи, ця свобода дій не є необмеженою. Суд не може діяти довільно. Його рішення повинно ґрунтуватися на об'єктивних і раціональних міркуваннях, які повинні бути вказані. Зобов'язання, передбачене статтею 48 (3), що суд повинен викласти причини що лежать в основі рішення, поширюється і на рішення по справедливості. Нездатність арбітражем викласти будь-які причини для прийняття рішення по справедливості може піддати рішення анулюванню відповідно до статті 52 (1) (e) Конвенції. Рішення по справедливості не повинне порушувати міжнародні принципи державної політики, такі як заборона рабства або інших відповідних норм в області прав людини. Внутрішньонаціональне законодавство деяких держав не дозволяє арбітраж по справедливості, але арбітражне слухання у відповідності до Конвенції є воістину міжнародним і вільним від будь-якого втручання національних правил. Тож для застосуванні трибуналом принципу вирішувати справу по справедливості: по перше повинна передувати явна згода сторін, яка може бути зроблена заздалегідь або під час розгляду; по-друге рішення по справедливості, не перешкоджає суду застосовувати норми права; по-третє трибунал зобов'язаний вказувати причини, що лежать в основі рішення (у випадку відсутності причин, рішення може бути анульованим).

МЦВІС трибунали в значній мірі залежать від попередніх міжнародних судових рішень при розгляді питань міжнародного права, вони включають в себе, зокрема, попередні рішення МЦВІС арбітражу. Як і в інших судових установах, МЦВІС арбітраж також часто покладається на академічні праці по різних пунктах міжнародного права. На додаток до класичних джерел міжнародного права, МЦВІС трибунали також звертається в деяких випадках до резолюцій Генеральної Асамблеї з питань націоналізації. Керівництво Світового банку з обігу прямих іноземних інвестицій [128] виступає ще одним необов'язковим документом, який має потенційну цінність для арбітражу. Ці

необов'язкові документи факультативно відображають «норми міжнародного права», як це передбачено в статті 42 (1) Конвенції. Проте, вони можуть стати частиною застосовного права, як наслідок їх включення в угоду про вибір права відповідно до першого речення статті 42 (1) або в якості додаткового джерела в застосуванні норм права.

Під час розгляду тематики застосованого права при вирішенні спору виникає питання того, чи існує кореляція між обсягом юрисдикції і застосованим правом. Можна було б очікувати, що норми, які стосуються застосовного права в договорах будуть відповідати їх правилам про юрисдикцію. Здавалося б логічним, щоб знайти простий варіант вибору пункту закону в договорах, які пропонують юрисдикцію тільки щодо претензій, заснованих на самому договорі і більш складний варіант в договорах, які пропонують юрисдикцію щодо всіх інвестиційних суперечок. Якщо юрисдикція існує тільки за порушення деяких стандартів у контракті можна було б очікувати обмежений вибір пункту закону. У договорі, який пропонує юрисдикцію щодо будь-якого інвестиційного спору можна було б очікувати більш всеосяжного вибору закону. Погляд на відповідні договори не підтверджують ці очікування, вони не вказують на послідовну відповідність між сферою юрисдикції запропонованою ними і правилами за чинним законодавством. У деяких договорах юрисдикція і застосоване право, збігаються, але в інших договорах немає значимої залежності. У деяких договорах вузьке застереження юрисдикції дійсно відповідає простому вибору пункту закону. Наприклад, модельний ДІД Австрії в статті 13 пропонує юрисдикцію тільки в разі порушення основних норм відповідних договорів. Аналогічним чином, стаття 17 (1) ДІД Японії з Камбоджею пропонує згоду на арбітраж тільки для суперечок «що впливають з, передбачуваного порушення будь-якого права, передбаченого цією Угодою».

3.4 Визнання і виконання рішень Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів

Арбітраж між приватною стороною і державою, завжди є спірним по одній головній причині: держава може скористатися своїм імунітетом. Приватна сторона прагне, щоб держава вела себе як будь-який інший комерційний партнер при укладанні комерційної угоди. З іншого боку, держава зберігає свій суверенітет. В процесі еволюції арбітражу в якості методу вирішення спорів, була помічена тенденція, що держави ввели стриманість у питаннях імунітету в арбітражі. Таке ж становище було укріплено в рамках Міжнародної конвенції по врегулюванню інвестиційних спорів (МЦВІС), що стосується інвестиційного арбітражу між державою і приватною особою.

Відповідно до п.1 статті 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» [9] арбітражне рішення незалежно від того, в якій країні воно було прийнято визнається обов'язковим і при поданні до компетентного суду письмового клопотання виконується.

В Україні визнання і виконання іноземних арбітражних рішень здійснюється місцевими загальними судами згідно з правилами, передбаченими Цивільним процесуальним кодексом України [3], відповідно до п.1 ст. 390 якого рішення іноземних чи міжнародного арбітражу визнаються та виконуються в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України або за принципом взаємності.

Конвенція про визнання й виконання іноземних арбітражних рішень, укладена в Нью-Йорку 1958 року на даний момент є чинним міжнародним договором, що регулює питання визнання і виконання міжнародних арбітражних рішень.

Відповідно до Статті III: «Кожна Договірна Держава визнає арбітражні рішення як обов'язкові і приводить їх до виконання згідно з процесуальними нормами тієї території, де запитується визнання і приведення у виконання цих

рішень, на умовах, викладених у нижченаведених статтях. До визнання і приведення у виконання арбітражних рішень, до яких застосовується ця Конвенція, не повинні застосовуватися істотно більш обтяжливі умови або більш високі мита або збори, ніж ті, які існують для визнання і приведення у виконання внутрішніх рішень». Тому відповідно до даної норми арбітражне рішення незалежно від того, в якій країні воно прийнято, визнається обов'язковим.

Постанова пленуму Верховного Суду України №12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» [12] закріплює позицію щодо неможливості перегляду арбітражних рішень. Так відповідно до п.12 зазначеної вище постанови, клопотання про визнання й виконання рішень іноземних судів (арбітражів) суд розглядає у визначених ними межах і не може входити в обговорення правильності цих рішень по суті, вносити до останніх будь-які зміни.

Конвенція визначає вичерпний перелік документів необхідних для подання клопотання про виконання рішень міжнародного арбітражу. В законодавстві України, відповідно до ч.2 ст.394 ЦПК до клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду додаються документи, передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ. Частиною 3 ст.394 ЦПК встановлено перелік документів, що мають додаватися до клопотання, якщо міжнародними договорами не визначено перелік таких документів або якщо немає такого договору. Стаття 4 Конвенції встановлює вичерпний перелік документів, які мають бути подані разом із клопотанням про визнання та виконання іноземного арбітражного рішення, а саме, арбітражне рішення або його належним чином завірена копія та арбітражна угода або її належним чином завірена копія. Вимоги до визнання і виконання арбітражного рішення, встановлені Конвенцією, не можуть бути розширені нормами національного законодавства, так само як не можуть

встановлюватись більш обтяжливі умови для запитувача визнання і виконання іноземного рішення. Тож, суди не можуть застосовувати положень ч.3 ст. 394 ЦПК до клопотань про визнання і виконання рішень, які визнаються за процедурою, передбаченою Конвенцією.

Ст. 53 Конвенції передбачає остаточність судових рішень: Рішення Арбітражу є зобов'язуючим для сторін і не підлягає апеляції або іншому способу оскарження. Питання вирішені в суді є «*res judicata*», тобто такими що не можуть шукати іншого засобу правового захисту перед іншим арбітражем або у державному суді. Обов'язковий характер рішення є невід'ємною частиною концепції арбітражу. Стаття 53 Конвенції МЦВІС була заснована на принципах *pacta sunt servanda* та *res judicata*, які самі по собі засновані на принципі добросовісності.

Рішення *ad hoc Committee* у справі *in MINE v. Guinea* висловив положення ст. 53 в наступних умовах: «4.02 Стаття 53 Конвенції передбачає, що «рішення мають бути обов'язковими для сторін, і не підлягають оскарженню або будь-якому іншому засобу правового захисту, за винятком тих, які передбачені в цій Конвенції». Процедури після вирішення арбітражного рішення, а саме прийняти додаткове рішення, яке не було включено в рішення Арбітражу (ст. 49), тлумачення рішення (ст. 50), зміна рішення (ст. 51) та відміна (ст. 52) рішення повинні здійснюватися в рамках Конвенції та відповідно до його положень. Виходячи з даних положень конвенція регулює всі питання, щоб не допустити розгляду в національних судах держав».[245]

Арбітраж здійснюється на основі угоди між сторонами, і ця угода включає в себе обіцянку дотримуватися отриманого рішення. Термін «рішення», який використовується в ст. 53, відноситься тільки до остаточних рішень суду. Воно не включає в себе рішення про застосування тимчасових заходів відповідно до ст. 47 або процедурних постанов, які суд виносить в ході розгляду. Крім того, дане поняття не включає в себе попередні рішення по юрисдикції.

Відповідно до ч.1 ст. 54 Вашингтонської конвенції: Кожна Договірна держава визнає рішення Арбітражу, яке прийняте у відповідності з цією

Конвенцією в якості зобов'язуючого та яке забезпечує виконання грошових зобов'язань, покладених рішенням Арбітражу, в межах своєї території, так якби це було остаточне рішення судового органу цієї держави. Договірні держави, що мають федеративний устрій, мають право забезпечити виконання рішення Арбітражу в межах або через федеральні судові органи та можуть передбачити, що такі судові органи будуть розглядати рішення Арбітражу так, якби це було остаточне рішення судового органу держави, який входить до складу держави, яка має федеративний устрій. [15]

Визнання рішення є офіційним підтвердженням того, що рішення є справжнім. Визнання має два можливі ефекти: по-перше, підтвердженням рішення як остаточного і такого що має обов'язковий характер; по-друге, попереднє виконання рішення. Визнання арбітражного означає, що прийняте арбітражне рішення не повинно бути предметом іншого судового розгляду перед національним судом або іншим арбітражним судом. Обмеження грошових зобов'язань, що містяться в тексті ст. 54 (1) відносяться тільки до виконання рішень, але не до їх визнання. Як правило, визнання є підготовчим етапом, який веде до примусового стягнення або судового переслідування. Після визнання рішення слідує його виконання. Визнання в якості попереднього кроку до виконання може бути корисним, навіть якщо немає ніяких безпосередніх перспектив виконання, тому що немає вільних активів в державі, в якій запитується визнання. Після того, як визнання було отримано, то виконання буде легше добитися через те, що можливо активи стануть доступні на більш пізньому етапі.

Відповідно до статті 54 (2) Конвенції, визнання і виконання арбітражного рішення може бути отримано від компетентного суду Договірної держави на простому поданні копії арбітражного рішення, завіреної Генеральним секретарем Центру. Дія Конвенції не поширюється на виконання арбітражного рішення. Таке виконання, відповідно до статті 54 (3) Конвенції, регулюється законом про виконання судових рішень, що діють в країні, де запитується виконання. Першорядною проблемою тут є те, що ефективність механізму

правозастосування часто переплітається з судової ефективністю, а також судовим відношенням до арбітражного процесу. Виходячи зі змісту Статті 55 Конвенції додатково стає ясно, що стаття 54 не зменшує ролі діючого на території Договірної держави законодавства, що стосується імунітету такої Держави або іншої іноземної Держави.

Отже, для виконання рішення Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID) є обов'язковим проходження судової процедури з надання дозволу на його виконання в Україні. Так, відповідно до ст.54 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами Україна взяла на себе зобов'язання забезпечити виконання грошових зобов'язань, покладених рішенням ICSID, в межах своєї території, так якби це було рішення державного суду України. Для спрощення процедури виконання рішень ICSID було б доречним скасувати в законодавстві України вимогу щодо наявності виконавчого документу або запровадити спрощену процедуру видачі такого виконавчого документу за заявою боржника.

Національні суди, зіткнувшись з зобов'язаннями визнати рішення арбітражу МЦВІС, мають часом певні труднощі в розрізненні визнання і приведення у виконання. Так наприклад, за рішенням по справі *SOABI v. Senegal* [246] отримали екзекватуру визнання за допомогою суду вищої інстанції Парижа. Сенегал звернувся до *Cour d'appel of Paris* [259]. Він постановив, що держава Сенегалу не відмовився від свого права посилатися на імунітет від виконання в Договірній Державі відповідно до ст. 55 Конвенції. Це не було продемонстровано, що виконання буде здійснюватися за рахунок комерційної нерухомості. Таким чином, виконання рішення у Франції буде суперечити міжнародному порядку, так як це порушило б принцип імунітету. Протест проти цього рішення був успішним у Касаційному суді [260]. Суд постановив, що екзекватура не є актом виконання, який може привести до імунітету від виконання. Суд додав, що Конвенція МЦВІС налічувала в своїх статтях 53 і 54 створення автономних і спрощених режимів для визнання і

виконання, що не залежить від положень національного законодавства, що стосується визнання і приведення у виконання арбітражних рішень.

Тож, держави-учасниці Вашингтонської конвенції беруть на себе обов'язок визнавати рішення, винесені відповідно до правил МЦВІС, нарівні з рішеннями національних судів, що вступили в законну силу. Іншими словами, рішення МЦВІС не може бути предметом розгляду в національних судах з точки зору визнання або оспорювання його правової сили. В процесі приведення у виконання таких рішень застосовується законодавство держави, де дане рішення виконується.

Виконання рішень не МЦВІС арбітражу, в тому числі рішень за Additional Facility, підпадають під регулювання національного законодавства, місця примусової реалізації, і Нью-Йоркської конвенції про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень. Стаття V цієї Конвенції перераховує ряд підстав, за якими може бути відмовлено у визнанні та виконанні. Найбільш важливими з цих підстав є: недійсність арбітражної угоди, відсутність належного повідомлення про арбітражний розгляд, неналежний склад суду, предметом арбітражного розгляду не відповідає законодавству держави, в якій проситься виконання арбітражного рішення, рішення знаходиться в конфлікті з державною політикою цієї держави.

Для арбітражних рішень МЦВІС діє принцип виключення іншого засобу правового захисту що означає, що сторона справи МЦВІС яка незадоволена рішенням не може звернутися до іншої форуму, з тією же вимогою. Після того, як МЦВІС суд прийняв рішення і процедури перевірки відповідно до Конвенції, були вичерпані, справа вирішена «*res judicata*». Принцип «*non bis in idem*» (принцип юридичної відповідальності, який означає, що особа не може бути притягнута до юридичної відповідальності двічі за одне й те саме правопорушення) не дозволяє вдаватися до будь-яких національних або міжнародних судових засобів правового захисту.

Рішення МЦВІС не можуть переглядатися національними судами в ході розгляду питання про їх визнання і приведення у виконання. Таким чином,

внутрішній суд або орган не може перевірити, чи мав МЦВІС суд юрисдикцію, або чи дотримувався він належної процедури, або чи є арбітражне рішення по суті правильним. Він не може навіть розглянути чи відповідає арбітражне рішення громадському порядку (державній політиці). Національний суд або орган обмежується перевіркою рішення тільки на справжність.

Країна-реципієнт зобов'язана розглядати рішення арбітражу МЦВІС як такі, що вступили в силу і гарантувати тим самим можливість виконання відповідно до внутрішньодержавних правил виконавчого провадження. Імунітет держави-реципієнта від примусового виконання іноземного арбітражного рішення залишається незмінним в традиційному міжнародно-правовому розумінні. Державний імунітет або суверенітет, як його часто називають, є невід'ємною частиною міжнародного публічного права. Імунітет надає захист від примусу підкоритися юрисдикції іншої держави або дотримуватися зобов'язань, накладених іншою державою. Він також захищає державне майно від стягнення з боку іншої сторони.

Імунітет держави може виступати значною перешкодою у виконанні арбітражних рішень. Вашингтонська Конвенція спробувала запровадити механізми дотримання, щоб запобігти ухиленню дотримання та виконання рішень програними державами-учасницями.

Ст.54 (1) передбачено, що кожна Договірна держава визнає рішення Арбітражу, яке прийняте на підставі цієї Конвенції як зобов'язуючого, а також, що забезпечує виконання грошових зобов'язань за рішенням Арбітражу в межах своєї території, якщо це було б остаточним рішенням судового органу цієї держави. Разом з тим ст. 55 визначено, що жодне з положень ст.54 не повинне тлумачитись як відступ від діючого на території Договірної держави законодавства, що стосується імунітету такої Держави або іншої іноземної Держави. Ці положення конвенції МЦВІС робить рішення незалежним від будь-яких існуючих договорів або внутрішніх законів, які можна застосувати до визнання і приведення у виконання арбітражних рішень. Однак

вищезазначене положення автоматичного визнання арбітражного рішення МЦВІС не скасовує будь-який імунітет від виконання, який існує в державі.

Ст. 55 єдентичною ст. 54 (3), яка свідчить, що виконання арбітражного рішення регулюється правом держави, в якій має бути передбачено – виконання. Це право включає закон про державний імунітет. Відповідно до ст. 54 (1), державний імунітет буде застосовуватися до виконання МЦВІС арбітражного рішення таким же чином, як він буде застосовуватися до виконання судового рішення національного суду. Ст. 55 не надає державного імунітету, а лише ставиться до ситуації, що склалася відповідно до законодавства держави, в якій проситься виконання.

МЦВІС арбітраж не має правового порядку на виконання своїх власних рішень. Таким чином, автономний характер процедури, що виключає втручання національних судів, має свою межу, коли справа доходить до виконання. З метою виконання арбітражних рішень, це залежить від співпраці з системою національних судів або інших компетентних органів. Національні суди або інші органи, які в іншому випадку зобов'язані надавати їм свою допомогу у виконанні арбітражного рішення, можуть відмовитися робити це на підставі державного імунітету.

Найбільш важливим критерієм для державного імунітету від виконання є характер активів, які повинні бути об'єктом стягнення. Різниця між комерційної та некомерційної нерухомості. Виконання допускається щодо комерційної нерухомості, але не щодо державного майна уряду. Закон США про іноземні суверенні імунітети (United States Foreign Sovereign Immunities Act) від 1976 (FSIA) [41], передбачає виключення імунітету держави від виконання щодо майна іноземної держави, яке перебуває в Сполучених Штатах, яке використовується для комерційної діяльності в Сполучених Штатах, якщо на цьому майні заснована вимога [58]. Але малоімовірно, що держава буде підтримувати комерційні активи в іншій країні.

Таким чином, це положення навряд чи буде корисним при виконанні рішень МЦВІС. В той же час поправа 1988 року до поправок до United State

FSIA додала важливий виняток імунітету держави від виконання в цілях виконання арбітражних рішень. Поправка дозволяє виконувати стягнення щодо майна, використовуваного для комерційної діяльності в Сполучених Штатах. Положення поправки не вимагає щоб основна угода, в нашому випадку інвестиційна, носила комерційний характер. Це положення є важливим кроком на шляху полегшення виконання МЦВІС рішень та існування особливого зв'язку між власністю і вимогою, що лежать в основі рішення. У справі LETCO проти Ліберії [248], були зроблені спроби виконати рішення МЦВІС в Сполучених Штатах. Окружний суд Південного округу Нью-Йорка спочатку визнав рішення і оголосив його виконання [262]. Потім Суд розглянув питання про те, чи було майно «використано для комерційної діяльності в Сполучених Штатах». Активами були реєстраційні збори та інші податки, належні з суден, що плавають під ліберійським прапором і зібрані в Сполучених Штатах. Суд постановив, що це були доходи за підтримку і обслуговування державних функцій [262]. Таким чином, Ліберії було звільнено від виконання. Дане рішення було винесено до поправки до FSIA 1988 року. Але ця поправка не змінила б результат рішення, так як вона як і раніше вимагає, щоб активи про які йде мова, повинні носити комерційний характер. Інші внутрішні законодавчі акти, що стосуються державного імунітету, як правило, передбачають не-імунітет майна, що використовується або призначений для комерційної діяльності. Ці законодавчі акти не вимагають зв'язку між власністю в питаннями основної угоди. Положення такого роду містяться в законодавстві Великої Британії [61], Канади [61] і Австралії [49].

Французька судова практика розвивається подібним чином. Імунітет активів залежить від того, чи використовуються вони в комерційних або урядових заходах. Зокрема, імунітет від виконання не надається, якщо майно було призначене для використання в комерційній діяльності, на якій заснована вимога. Так, у справі SOABI v. Senegal [205] дозвіл екзекватури для рішення трибуналу вищої інстанції було скасовано апеляцією Cour d'appel of Paris на підставі того, що не було ніяких гарантій того, що будь-які виконавчі заходи

будуть здійснюватися стосовно активів, призначених для комерційної діяльності. Суд вказав: «З огляду на те, що імунітетом від виконання користуються іноземні держави у Франції і це є принциповим питанням; але у виняткових випадках він може бути скасований, коли активи, проти яких запитується виконання були призначені державою для економічної і комерційної діяльності та регулюються приватним правом» [259]. Це судження the Cour d'appel було скасовано Касаційним судом [260], так як надання ексекватури не є актом виконання, яке може привести до виникнення імунітету від виконання. Однак Касаційний суд не суперечить Cour d'appel у питанні відмінності між комерційними активами, які будуть підлягати виконанню та іншими активами, які будуть користуватися імунітетом. Знайти різницю між комерційним та державним майном і нерухомістю не завжди легко.

Дипломатична власність виступає особливим видом майна на яке не може бути звернене стягнення. Дипломатична власність перебуває під захистом Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 року [17].

Відповідно до ч.3 ст.22 зазначеної конвенції: «Приміщення представництва, предмети їх обстановки та інше майно що в них знаходиться, а також засоби пересування представництва користуються імунітетом від обшуку, реквізиції, арешту та виконавчих дій». Віденська конвенція про дипломатичні зносини нічого не говорить про банківські рахунки, що ведуться дипломатичною місією. Суди розглядають рахунки посольств з великою обережністю [154, с.153].

Конституційний суд Німеччини [147] і Палата лордів в Сполученому Королівстві [147], дійшли висновку, що гроші дипломатичної місії в банку, що використовується для покриття витрат на запуск місії не служать в комерційних цілях. У справі Сполученого Королівства, свідоцтво посла було прийнято в якості переконливих доказів. Верховний суд Австрії [265] та Касаційний суд Італії [251] прийшов до такого ж результату. Військове майно іноземних держав також користується імунітетом і особливим захистом від виконання

відповідно до більшості національних законів, що стосуються державного імунітету.

Складовий підрозділ або уповноважений органом Договірної держави призначений Центром відповідно до ст. 25 (1) Конвенції, може стати учасником МЦВІС арбітражу незалежно від держави. В такому випадку, зобов'язання дотримуватися і виконувати рішення (ст. 53) буде покладено на Складовий підрозділ або уповноважений органом, а не на державу перебування. Звідси випливає, що будь-які примусові заходи повинні бути прийняті проти підрозділу або органу, а не проти приймаючої держави. І навпаки, рішення, винесене щодо приймаючої держави не підлягає виконанню щодо одного з його підрозділів або установ. Це правило також буде застосовуватися щодо контрольованих державою організацій, які не позначені як складові частини або установи відповідно до ст. 25 (1).

Отже, арбітражне рішення проти держави, яке не може бути виконано в відношенні окремої юридичної особи. Як приклад у справі *Benvenuti & Bonfant v. Congo* [244], була зроблена спроба у Франції, забезпечити дотримання МЦВІС арбітражного рішення, винесеного проти Конго через *Vanque Commerciale Congolaise* (ВСС). ВСС не є установчим підрозділом або органом, призначеним відповідно до ст. 25 (1) Конвенції. Спроба примусити рішення, винесене проти держави шляхом конфіскації майна ВСС не вдалася. Касаційний суд відстоюючи рішення суду першої інстанції постановив, що *Benvenuti & Bonfant* був кредитором держави Конго а не ВСС. Хоча банк і залежить від держави, його не можна розглядати як підрозділ держави Конго. Контроль, здійснюваний державою не був достатнім, щоб розглядати його як установу цієї держави [253].

Порядок визнання і примусового виконання арбітражного рішення передбачений ст. 54 (2) і (3) наступним чином: – (2) Сторона, зацікавлена у виконанні рішення Арбітражу на території Договірної держави, повинна подати відповідний судовий орган чи інший судовий орган влади, спеціально уповноважений на виконання такого роду дій такою Державою, копію рішення

Арбітражу, завірену Генеральним секретарем. Кожна з Договірних держав повідомляє Генерального секретаря про судовий або інший орган державної влади, який уповноважений для цієї мети та про будь-які наступні зміни стосовно до таких органів; – (3) Виконання рішення Арбітражу буде здійснюватися у відповідності з законодавством про виконання судових рішень, які набрали чинності на території Держави, де рішення підлягає виконанню.

Сторона повинна надати копію рішення суду, засвідчену Генеральним секретарем, з метою того щоб отримати визнання або виконання компетентним судом або органом. Відповідно до ст. 11 Конвенції, Генеральний секретар підтверджує дійсність арбітражних рішень і їх завірені копії. Завірені копії рішення негайно посилаються Генеральним секретарем сторонам. Тільки сторона первісного МЦВІС арбітражного розгляду може подати рішення на визнання і забезпечення виконання. Зацікавлена третя сторона не має права здійснювати таких дій.

Паралельний процес виконання арбітражного рішення не є забороненим. Немає причин, щоб провадження у справі про визнання і приведення у виконання арбітражного рішення МЦВІС не повинно бути початим в декількох державах одночасно. Визнання арбітражного рішення в ряді держав може бути необхідним для забезпечення його вирішеного ефекту. Якщо виконання арбітражного рішення запитується в кількох державах, суди і компетентні органи цих держав повинні координувати свої дії, щоб переконатися, що оплата не буде зроблена більш ніж один раз.

Багато держав, які підписали Конвенцію зазначили органи, необхідні ст. 54 (2). Ці держави охоплюють практично всі основні торговельні та фінансові центри, де активи, ймовірно, будуть знайдені. Центр публікує список номінованих судів або інших органів, які мають компетенцію для визнання і приведення у виконання рішень, винесених відповідно до Конвенції.

Держава відмовляється від свого імунітету шляхом подачі позову в арбітраж, сфера відмови поширюється і на процедури для підтвердження або

визнання і приведення у виконання в результаті арбітражного рішення. Як тільки держава погоджується на арбітраж з приватною стороною, вона відмовляється від свого імунітету. Коли ми говоримо про приведення у виконання арбітражних рішень, Нью-Йоркська конвенція приходиться першою на розум. Ця угода, підписана 145 країнами, які взяли на себе зобов'язання забезпечити дотримання арбітражних рішень, винесених в будь-якій країні Конвенції. Лише за дуже обмежених обставин у приведенні у виконання арбітражного рішення може бути відмовлено. У списку цих обмежених підстав не має суверенного імунітету держави.

Зобов'язання дотримуватися арбітражного рішення є незалежним від будь-яких процедурних перешкод, які можуть виникнути в ході виконання. Зокрема, навіть якщо імунітет державний, може зірвати виконання, це не впливає на зобов'язання виконувати рішення. Арбітраж *ad hoc* Committee у справі *MINE v. Guinea* висловив цей принцип в наступному: «25. Слід чітко розуміти, що імунітет держави цілком може дозволити собі правовий захист від примусового виконання, але він не забезпечує жоден з аргументів для виправдання за невиконання арбітражного рішення. Насправді, питання державного імунітету від примусового виконання арбітражного рішення, як правило, виникає, якщо держава-учасник відмовляється виконувати свої договірні зобов'язання. Недотримання державою рішень, являє собою порушення цієї державою своїх міжнародних зобов'язань. Комітет посилається в зв'язку з цим серед іншого на статті 27 і 64 Конвенції, а також наслідки, які таке порушення буде мати для репутації держави для приватних і державних джерел міжнародних фінансів» [257].

В Україні виконання арбітражного рішення може бути припинено з підстав, встановлених у статті 396 Цивільного процесуального кодексу України:

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено:

1) якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно постановлено, не набрало законної сили;

2) якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про розгляд справи;

3) якщо рішення ухвалене у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;

4) якщо ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді;

5) якщо пропущено встановлений міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та цим Законом строк пред'явлення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні;

6) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

7) якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;

8) в інших випадках, встановлених законами України [3].

В Україні немає спеціального законодавства, що регулює питання суверенного імунітету, за винятком положень в окремих законах. Закон України «Про угоди про розподіл продукції» в ст. 32 імунітет держави, передбачає, що: «На вимогу іноземного інвестора (інвесторів) держава має право відмовитися від імунітету в угоді про розподіл продукції. Така відмова поширюється на всі судові рішення, рішення міжнародних комерційних

арбітражів, рішення у провадженнях щодо попереднього забезпечення позову, а також виконання рішень судових і арбітражних органів».

Законодавство України у сфері виконання рішень інвестиційного арбітражу потребує змін. Діюча на сьогодні процедура проходження всіх судових інстанцій доволі гальмує процес приведення рішення до виконання.

Розглянемо справу за клопотанням держави Україна в особі Міністерства юстиції України та боржника Підприємства з іноземними інвестиціями у формі ТОВ «БІ ЕНД ПІ, ЛТД», про надання дозволу на примусове виконання іноземного арбітражного рішення. Рішення Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів (МЦВІС) від 25.10.2012 року у справі № ARB/08/11 за позовом «Bosh International, Inc.» та Підприємства з іноземними інвестиціями у формі Товариства з обмеженою відповідальністю «Бі енд Пі, ЛТД» до держави Україна щодо стягнення з підприємства з іноземними інвестиціями у формі товариства з обмеженою відповідальністю «Бі енд Пі, ЛТД» на користь держави Україна 150000 доларів США. 25.10.2012 року Міжнародним центром з врегулювання інвестиційних спорів винесено рішення у справі № ARB/08/11 за позовом «Bosh International, Inc.» та Підприємства з іноземними інвестиціями у формі Товариства з обмеженою відповідальністю «Бі енд Пі, ЛТД» до держави Україна, яким повністю відмовлено у задоволенні позовних вимог та визнано відсутність порушень державою Україна норм Договору, укладеного 04.03.1994 року між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій.

Відповідно до рішення, яке є остаточним, компанія «Bosh International, Inc.» та Підприємство з іноземними інвестиціями у формі ТОВ «Бі енд Пі, ЛТД.» зобов'язані сплатити на користь України суму коштів в розмірі 150 000,00 дол. США. Міністерство юстиції неодноразово листами від 22.02.2013 року, 10.07.2013 року та 21.10.2014 року зверталось до боржників щодо виконання зазначеного рішення. Проте, рішення у добровільному порядку до цього часу не виконано. Солом'янський районний суд міста Києва ухвалив дозволити примусове виконання на території України Рішення Міжнародного

центру з врегулювання інвестиційних спорів від 25 жовтня 2012 року у справі № ARB/08/11.

Проте після ухвали суду, боржник звернувся до апеляції. Колегія суддів судової палати з цивільних справ Апеляційного суду м. Києва заслухавши доповідь судді, вислухавши пояснення осіб, які брали участь у справі, перевіrivши доводи апеляційної скарги, законність та обґрунтованість ухвали суду в межах апеляційного оскарження, дійшла висновку, що апеляційна скарга не підлягає задоволенню з наступних підстав. Задовольняючи клопотання, суд першої інстанції виходив з того, що дане клопотання містить прохання про надання дозволу на примусове виконання арбітражного рішення в частині, що стосується одного з боржників, який знаходиться на території України. При цьому суд має не визначати, а лише перевіряти зміст того документу, який наданий стягувачем на підтвердження заборгованості боржника і на обґрунтування тієї частини рішення, що залишилась невиконаною. Між тим, відомостей про виконання даного рішення представниками боржника не було надано. Апеляційна скарга Підприємства з іноземними інвестиціями у формі товариства з обмеженою відповідальністю «БІ ЕНД ПІ ЛТД» була відхилена, а ухвала Солом'янського районного суду м. Києва від 23.03.2016 була залишена без змін. На момент дослідження боржник звернувся до касаційної інстанції та подав позов до адміністративного суду в якому оскаржує дії України в арбітражному провадженні. Тож питання приведення у виконання рішення досі залишається відкритим.

Визнання та виконання іноземних арбітражних рішень в Україні регулюється низкою законодавчих актів і положень, в тому числі статтею 8 Цивільного процесуального Кодексу і законом України «Про виконавче провадження». Тривалість судового процесу змінюється на індивідуальній основі, тобто в залежності від того чи видається постанова в місцевому суді або вона підлягає оскарженню, та досягає рівня розгляду у Верховному суді. Інвестиційні / комерційні розгляду суперечок на місцевому рівні займає приблизно від 1 до 6 місяців, а щоб досягти дозволу на виконання; загальний

судовий процес, навпаки, займає від 1 до 4 років. Незважаючи на те, що рішення міжнародного арбітражу є обов'язковим для розгляду, не всі судді визнають міжнародні арбітражні постанови в своїй практиці.

Аналіз рішень дає підстави для висновків, що механізм приведення у виконання рішень МЦВІС в Україні є затягнутим і достатньо не врегульованою. Для вирішення даної питання необхідно спростити процес шляхом внесення зміни в законодавство, прибрати суд першої інстанції з механізму який передбачає виконання рішень. Тим самим зменшити кількість інстанцій до двох: Апеляційного суду міста Києва та Вищого спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ (ВССУ). Також необхідно обмежити строки розгляду клопотань про визнання та виконання рішення міжнародного арбітражу трьома місяцями з дня надходження до суду такого клопотання. Дані зміни дадуть змогу: по – перше дозволить покращити судову практику; по – друге: підвищить роботу спеціалістів у специфічній серії виконання рішень міжнародного арбітражу; по– третє: буде зменшено затягування процесу виконання рішень.

Для досягнення поставлених цілей пропонуємо внести зміни до наступних положень:

1. ст. 107 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 № 1618-IV викласти в наступній редакції:

- 1) Усі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, розглядаються районними, районними у містах, міськими та міськрайонними судами, за винятком справ про визнання та виконання рішень Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів.
- 2) Питання про визнання та виконання рішень Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів розглядається апеляційним судом міста Києва.

2. ст. 291 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 № 1618-IV доповнити частиною другою, яку викласти в

наступній редакції: «У випадках, визначених у Розділі VIII цього Кодексу, судом апеляційної інстанції є Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ.»

3. ст. 392 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 № 1618-IV доповнити ч.2, яку викласти в наступній редакції: «Питання про надання дозволу на примусове виконання рішень Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів розглядається апеляційним судом міста Києва колегією у складі трьох суддів протягом трьох місяців з дня надходження до суду такого клопотання».

4. доповнити ст. 401 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 № 1618-IV частиною 5, яку викласти в наступній редакції: «Розгляд клопотання про визнання рішень Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів, що не підлягає примусовому виконанню, розглядається апеляційним судом міста Києва.

Основною метою кожного арбітражного розгляду є досягнення остаточного і обов'язкового рішення у спорі між сторонами. Цей остаточний і обов'язковий характер арбітражного рішення відрізняє його від інших альтернативних методів вирішення спорів. У разі невиконання арбітражного рішення стороною, що програла, інша сторона буде зобов'язана вжити необхідних заходів для забезпечення виконання арбітражного рішення. Виконання рішення забезпечується шляхом комерційного або фінансового тиску на сторону, що програла, щоб дати зрозуміти, що це в його інтересах виконати рішення. Такий метод дотримання може бути досягнутий в рамках арбітражу в Міжнародному центрі з врегулювання інвестиційних спорів (МЦВІС) на основі МІУ між сторонами суперечки. Сторона, що потребує виконання рішення може ініціювати виконавче провадження в національних судах держави. Метою порушення виконавчого провадження є отримання активів сторони, що програла, щоб задовольнити заборгованість по рішенню.

Варто зазначити, що арбітражне рішення може бути визнане без його виконання. Однак у тому випадку, якщо воно визнано національним судом,

який визначає його виконання. Методи визнання і приведення у виконання, які будуть прийняті в кожному конкретному випадку будуть залежати від місця, де було винесено арбітражне рішення, відповідних законів правопорядку, застосованих в місці, де здійснюється виконання і термінів, встановлених для початку визнання та виконавчого провадження в цій конкретній юрисдикції.

Видача арбітражного рішення арбітражним судом приводить арбітражний розгляд до кінця, суд не має ніякого відношення до арбітражу після цього моменту за винятком виправлення або роз'яснення рішення. Арбітражне рішення породжує зобов'язання стороні, що прогнала виконати його. Сучасна тенденція не виконання арбітражних рішень стороною, яка прогнала створює значні проблеми. Арбітражна угода зазвичай тягне за собою зобов'язання не тільки взяти участь в будь-якому арбітражному розгляді, а й згоду на приведення у виконання арбітражного рішення. Якщо це не так, то мета міжнародного арбітражу була б безглуздо.

Одна з численних переваг арбітражу є остаточне приведення до виконання своїх рішень. Якщо сторона не виконує арбітражного рішення, два види юридичних дій доступні. Одним з них є визнання і приведення у виконання відповідно до ст. 54 Конвенції. Іншою є судовий позов з боку держави-учасниці Конвенції, відповідно до ст. 27 (дипломатичний захист) і 64 (дія до Міжнародного Суду ООН). Останній засіб доступний тільки проти держави, що приймає, яка не виконала рішення. Дипломатичний захист з метою забезпечення дотримання арбітражного рішення може бути здійснено тільки державою громадянства потерпілого інвестора. Дипломатична захист може здійснюватися шляхом переговорів, інституту судових розглядів між двома державами або будь-яким іншим шляхом врегулювання спорів, який може бути доступним. Направлення спору між двома країнами в Міжнародний Суд відповідно до ст. 64 Конвенції буде одним із засобів вирішення спорів, наявних в такій ситуації. В реальній практиці таких справ ніколи не траплялося.

Процедура арбітражу відповідно до Конвенції МЦВІС заробила різні похвали від спостерігачів ІІАs, оскільки нею, як вважають, був створений

механізм для вирішення спорів між іноземними інвесторами та приймаючими державами через «міжнародні методи врегулювання, покликані звернути особливу увагу на характеристики» таких суперечок, які включають в себе визнання, виконання та приведення у виконання рішень незалежно від зарезервованих суверенних повноважень держав [159, с. 322-327].

Одним з таких спостерігачів є сер Elihu Lauterpacht який у своїй передмові до коментарю професора Christoph Schreuer's до Конвенції МЦВІС [269] висловився, що; найбільш важливі особливості Конвенції є представленими «Значними новими розробками» в міжнародному праві та практиці держав. Згідно з ним: «Вперше була встановлена система відповідно до якої недержавні утворення, корпорації або окремі особи, можуть подати в суд проти держави безпосередньо; в якій державний імунітет був сильно обмежений; відповідно до якої міжнародне право може застосовуватися безпосередньо до відносин між інвестором і державою, що приймає; в якій була виключена робота національних засобів правового захисту; і в якій рішення трибуналу буде безпосередньо закріплене в межах території держав-учасників».

Більшість проблем, розглянутих досі в основному виникають щодо визнання чи виконання арбітражних рішень проти договірних держав. У той час як проблема виконання арбітражного рішення також поширюється на «недержавних» учасників інвестиційної арбітражної суперечки. Незважаючи на те, що проблема починається з державою, яка може не хотіти, почати процес примусу вона загострюється, коли інвестори також займають позицію, щоб відмовити у визнанні та приведенні у виконання арбітражного рішення. У той час як деякі вчені вважають, що не існує будь-яких чітких заходів, прийнятих в рамках Конвенції МЦВІС в такій ситуації, інші, такі як Stanimi постулював стандартну модель для ухвалення в такій ситуації на основі інтерпретації ст.54 МЦВІС Конвенції. За його словами: Стаття 54 дає державам засоби для забезпечення дотримання і виконання арбітражного рішення на свою користь проти особи (інвестора), тому що приймаючі держави (як і інвестори) можуть також вимагати виконання арбітражного рішення в інших Договірних державах

у відповідності до положень цієї статті. З іншої сторони Broches зазначив, що: якщо держава-господар отримує рішення від інвестора в арбітражному розгляді перед Центром, а інвестор не виконує рішення, приймаюча держава може звернутися за примусовим виконанням на територіях будь-якої Договірної держави, не стикаючись з перешкодами, які часто стоять в способі приведення у виконання іноземних арбітражних рішень [122, с. 136]. Тому, як інвестори, так і держави-учасники повинні завжди приймати зобов'язання, що випливають з рішень, виконуючи свою роль відповідно до ст. 53 це відбувається тому, що намір Конвенції і, можливо, захист інвестицій з ДІД є забезпеченням негайної оплати в разі, якщо будь-яка сторона порушила свої міжнародні зобов'язання.

ВИСНОВКИ ДО РОЗДІЛУ III

1. На відміну від багатьох інших арбітражних інституцій, МЦВІС має спеціалізовану предметну юрисдикцію, що встановлено ст.25 (1) Конвенції МЦВІС, де зазначено, що юрисдикція Центру поширюється на будь-який правовий спір, що виникає безпосередньо з інвестицій, між Договірною державою (або будь-яким установчим підрозділом, або органом Договірної Держави) і громадянином іншої Договірної Держави.

2. Виявлено, Конвенцією передбачено чотири умови для юрисдикції Центру: – а) має бути письмова згода обох сторін розглядати свою суперечку в Центрі. Згода на арбітраж також згадується як умова «*ratione voluntatis*»; – б) спір повинен виникати безпосередньо з іноземних інвестицій (юрисдикція *Ratione materiae*); – в) одним зі сторін у суперечці повинен бути громадянин Договірної держави, а інша сторона повинна бути державою-учасницею Конвенції (юрисдикція *ratione personae*); – г) умова *ratione temporis*, тобто, МЦВІС Конвенція повинна бути застосовна у відповідний час.

3. Важливо розрізняти питання юрисдикції та прийнятності: якщо вимога не може бути прийнята до розгляду в МЦВІС арбітражі, це питання про юрисдикцію, але якщо йдеться про вимогу, що не повинно бути розглянуто взагалі (або, принаймні, поки що), то це питання – прийнятності.

4. Перевищення повноважень відбувається у разі якщо суд відхиляється від угоди сторін щодо арбітражу. Якщо суд ухвалює рішення по суті, хоча він не володіє юрисдикцією, або, якщо він перевищує свою юрисдикцію. Підсудність визначається ст. 25 Конвенції. Вимоги, що зазначені Конвенцією мають бути дотримані, в іншому випадку, юрисдикція буде відсутня. Не існує правового спору, якщо не виникає його безпосередньо з інвестицій. Аналогічним чином – вимоги громадянства за Конвенцією МЦВІС не виконуються, немає юрисдикції і винесення рішення по суті буде перевищенням повноважень. Відсутність дійсної згоди на арбітраж також

означатиме, що немає юрисдикції та рішення арбітражу по суті буде вважатися перевищенням повноважень.

5. Чинні інвестиційні угоди встановлюють певні стандарти захисту інвестицій, основними з них вважаються: – справедливе і рівне ставлення до інвестора; – надання ефективних засобів юридичного захисту; – заборона експропріації; – свобода переказів і виведення інвестиції.

6. При вирішенні інвестиційних спорів застосовуються загальні принципи права, які виходять з внутрішнього законодавства, практики міжнародних організацій або відносин між державами та приватними організаціями. Дані принципи стосуються питань вибору права, незалежності судової системи, її прозорості.

7. При вирішенні інвестиційних спорів арбітраж застосовує принцип пропорційності який, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні балансу інтересів. У міжнародному інвестиційному праві, основні принципи, що пов'язані з принципом пропорційності включають принцип недискримінації і принцип справедливого і рівного ставлення. Принцип справедливого і рівноправного ставлення є одним з найбільш важливих принципів міжнародного інвестиційного права і виступає ключовим зобов'язанням майже кожного інвестиційного контракту. Принцип недискримінації втілюється і гарантується у міжнародному інвестиційному праві через принцип національного режиму (NT) і режиму найбільшого сприяння (MFN).

8. Існує ряд принципів які допустимо відносити саме до процесуальної діяльності арбітражу: – принцип доступу до правосуддя; – неупередженості і незалежності арбітрів; – справедливої процедури; – заборони заперечення справедливості. Дані принципи відносяться до трьох етапів судового процесу: – право поставити вимогу; – право обох сторін на справедливе поводження в ході розгляду; – а також право на відповідне рішення в кінці процесу.

9. Питання юрисдикції не регулюються законодавством, яке застосовується по суті справи, але має бути визначено шляхом посилання на правові документи, що встановлюють його юрисдикцію та загальним

міжнародним правом. Окремі питання спираючись на юрисдикцію, такі як законність інвестицій, національність інвестора та наявність прав власності, регулюються внутрішнім законодавством. Положення, що стосуються сфери юрисдикції інвестиційних договірних трибуналів істотно відрізняються. Вони можуть охоплювати тільки один конкретний аспект основних норм Договору, або суперечки, що стосуються будь-якого зі стандартів Договору, або, найбільш широко, будь-який спір, що виникає з інвестицій. Деякі інвестиційні договори містять положення про право, яке повинні застосовувати інвестиційні трибунали.

10. Сторони можуть вибрати застосовне право шляхом прямої угоди або шляхом вибору права в договорі або законодавчих положеннях, які передбачають МЦВІС арбітраж; вибір права може здійснюватися також після початку арбітражного розгляду; арбітраж може самостійно прийняти рішення про вибір права спираючись на дії сторін.

11. Основні норми закону для вирішення спору не передбачені Конвенцією МЦВІС. Конвенція надає автономію сторонам у виборі закону, який має бути застосований для вирішення їх спору. Сторони можуть також дозволити суду прийняти рішення по справедливості. При відсутності угоди, Конвенція МЦВІС ст. 42 (1) передбачає, застосування закону приймаючої держави в поєднанні з нормами міжнародного права в якості застосовного права.

12. В окремих договорах положення, що стосуються юрисдикції і застосовного права відповідають скороченим юрисдикційним положенням, які відносяться тільки до суперечок по суті норм Договору. Інші договори пропонують загальну юрисдикцію щодо будь-яких інвестиційних спорів та передбачають широкий вибір права яке застосовується до вирішення спору. В практиці зустрічаються договори в яких немає такої відповідності: договори, які містять вузькі юрисдикції положення пропонують широкий спектр застосовуваних джерел права.

13. Актуальність міжнародного права в інвестиційному договорі і арбітражі є невичерпною. У випадку того, якщо сторони не обрали для

врегулювання своїх відносин норм міжнародного права, міжнародні мінімальні стандарти має бути збережено. Обов'язкові норми міжнародного права, які забезпечують мінімальний міжнародний стандарт захисту для іноземців, існують незалежно від будь-якого вибору права.

14. Однією з унікальних особливостей Конвенції МЦВІС є механізм визнання і виконання рішень. Вона складається з трьох положень, передбачених ст.ст. 53; 54; 55 у яких розглядаються різні аспекти визнання і приведення до виконання арбітражного рішення, прийнятого відповідно до Конвенції. Першою з них є остаточність арбітражного рішення (ст. 53), принцип, згідно якому кожна сторона, що оскаржує має дотримуватися і виконувати рішення, без можливості оскарження. Друга спрямована на всі договірні держави МЦВІС, накладаючи на них зобов'язання визнати рішення і виконувати свої зобов'язання (ст.54). Третя, пов'язана з виконавчим провадженням в національних судах, уточнивши, що в кожній з Договірних держави діють закони на імунітет від виконання (ст. 55). Основним недоліком в положеннях Конвенції вважається – нездатність здійснити виконання, що передбачає тільки можливість покладатися на закони про виконання арбітражного рішення держав-членів.

15. Відповідно ст.54 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами Україна взяла зобов'язання забезпечити виконання грошових зобов'язань, покладених рішенням ICSID, в межах своєї території, так, якби це було рішення державного суду України. Для спрощення процедури виконання рішень ICSID було б доречним скасувати в законодавстві України вимогу щодо наявності виконавчого документу або запровадити спрощену процедуру видачі такого виконавчого документу за заявою боржника.

16. Сторони, що підписали Конвенцію МЦВІС повинні забезпечити виконання арбітражного рішення, і зокрема, його грошових зобов'язань, так само якщо б це було остаточне рішення національного трибуналу.

17. Можливість розраховувати на державний імунітет від виконання не змінює факту того, що недотримання арбітражного рішення є порушенням Конвенції. Державний імунітет є всього лише процедурною перешкодою для заходів по виконанню, але він не впливає на обов'язковість арбітражного рішення. Успішне використання імунітету держави може призводити до порушення Конвенції, і тим самим до відповідальності держави.

ВИСНОВКИ

- 1) Підставою виникнення інвестиційних правовідносин є юридичний факт або їх сукупність (фактичний склад), підставою правовідносин є інвестиційний договір. Договір може розглядатися в чотирьох основних значеннях: – сукупність правових норм; – юридичний факт; – зобов'язання (правовідношення); – документ.
- 2) Інвестиційні правовідносини це правовідносини, що включають дві групи відносин: – інвестиційні (основні) правовідносини (охоплюють договірні й інші цивільні правовідносини між інвесторами та іншими суб'єктами права); – додаткові правовідносини, що представлені іншими цивільними та адміністративними і фінансовими правовідносинами між інвесторами й уповноваженими органами влади.
- 3) Застосування закритого списку інвестицій є новою тенденцією в двосторонніх інвестиційних договорах. Даний підхід виступає перевагою для планування розвитку інвестиційних відносин, оскільки надає більше впевненості щодо обсягу захисту.
- 4) Під іноземними інвестиціями слід розуміти: речі, грошові кошти, цінні папери, майнові права та результати інтелектуальної діяльності.
- 5) Інвестором виступає будь-яка фізична або юридична особа, іноземні держави, міжнародні урядові та неурядові організації; інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, які визнаються такими відповідно до законодавства України.
- 6) Доцільно визначати національність юридичних осіб за міжнародними інвестиційними угодами, щодо положень тестів, які передбачають три критерії: місце конституції (створення); місце реєстрації та місцезнаходження керуючого органу чи місце контролю як самостійних або взаємодоповнюючих.

- 7) Всі двосторонні інвестиційні угоди об'єднують два головні положення для іноземних інвесторів: – (а) основні права, що стосуються поведження з іноземними інвестиціями; – (б) процедури врегулювання суперечок.
- 8) Інвестиційні договори мають дуалістичне функціональне призначення в системі міжнародного інвестиційного арбітражу. Договір виконує подвійну роль: виступає джерелом правового стандарту поведження з інвестором та передбачає оферту держави, що приймає інвестицію, дозволити розглядати інвестиційний спір в арбітражі.
- 9) Класифікація інвестиційних спорів проведена за самостійними критеріями – за суб'єктами поділяється на три групи: – а) між іноземним приватним інвестором і державою, що приймає приватні інвестиції; – б) спори між учасниками організацій з іноземними інвестиціями, одного учасника із самою організацією, між підприємствами і фірмами країни місцезнаходження підприємства з іноземними інвестиціями або з юридичними і фізичними особами інших країн; – в) спори між іноземними інвесторами або підприємством із іноземними інвестиціями з органами держави країни, приймаючої інвестиції.
- 10) За характером вимог поділяються на: – приватноправові; – публічно правові; – змішані. За підставою виникнення спору такі, що : – пов'язані з односторонніми суверенними актами держави з втручання в інвестиційну діяльність; – пов'язані з інвестиційною угодою. За предметом спору поділяються на спори, що: – пов'язані з допуском інвестора і здійсненням інвестиційної діяльності; – виникають із здійсненням цієї діяльності; – пов'язані з припиненням інвестиційної діяльності.
- 11) Доводиться доцільність класифікації спорів за трьома сферами: – соціально-правові; – територіальні; – політичні.
- 12) Природа інвестиційних спорів характеризується наявністю кваліфікуючих ознак: – особливим складом учасників спорів, специфікою предмета та особливим порядком врегулювання інвестиційних спорів. Учасниками

інвестиційних спорів виступають – держава, з однієї сторони, а іноземний інвестор – з іншої.

- 13) 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.
- 14) МЦВІС має спеціалізовану предметну юрисдикцію, встановлену ст.25 (1) Конвенції МЦВІС: – юрисдикція Центру поширюється на будь-який правовий спір, що виникає безпосередньо з інвестицій, між Договірною державою (або будь-яким установчим підрозділом або органом Договірної Держави) і громадянином іншої Договірної Держави.
- 15) Конвенція МЦВІС передбачає чотири умови для юрисдикції Центру: – а) має бути письмова згода обох сторін розглядати свою суперечку в Центрі. Згода на арбітраж також згадується як умова «*ratione voluntatis*»; – б) спір повинен виникати безпосередньо з іноземних інвестицій (юрисдикція *Ratione materiae*); – в) одним зі сторін у суперечці повинен бути громадянин Договірної держави, а інша сторона повинна бути державою-учасницею Конвенції (юрисдикція *ratione personae*); – г) умова *ratione temporis*, тобто, МЦВІС Конвенція повинна бути застосовна у відповідний час.
- 16) Важливо розрізняти питання юрисдикції та прийнятності. Дане питання відноситься до поняття юрисдикції; якщо мова йде щодо вимоги то – не повинна бути розглянутою взагалі, то це питання буде стосуватися – прийнятності.
- 17) Чинні інвестиційні угоди встановлюють певні стандарти захисту інвестицій, основними з них є: – справедливе і рівне ставлення до інвестора; – надання ефективних засобів юридичного захисту; – заборона експропріації; – свобода переказів і виведення інвестиції.
- 18) При вирішенні інвестиційних спорів застосовуються загальні принципи права, які виходять з внутрішнього законодавства, практики міжнародних організацій або відносин між державами і приватними організаціями.

- 19) Питання юрисдикції не регулюються законодавством, яке застосовується до суті справи, але має бути визначено шляхом посилання на правові документи, що встановлюють його юрисдикцію і загальним міжнародним правом. Окремі питання спираючись на юрисдикцію, такі як законність інвестицій, національність інвестора і наявність прав власності, регулюються внутрішнім законодавством. Деякі інвестиційні договори містять положення про право, яке повинні застосовувати інвестиційні трибунали.
- 20) Сторони можуть вибрати застосовне право шляхом прямої угоди або шляхом вибору права в договорі або законодавчих положеннях, які передбачають МЦВІС арбітраж; вибір права може здійснюватися також після початку арбітражного розгляду; арбітраж може самостійно прийняти рішення про вибір права спираючись на дії сторін.
- 21) В окремих договорах положення, що стосуються юрисдикції і застосовного права відповідають вузьким юрисдикційним положенням, які відносяться тільки до суперечок по суті норм Договору.
- 22) У випадку якщо сторони не обрали для врегулювання своїх відносин норми міжнародного права, міжнародні мінімальні стандарти має бути збережено. Обов'язкові норми міжнародного права, які забезпечують мінімальний міжнародний стандарт захисту для іноземців, існують незалежно від будь-якого вибору права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

Нормативно-правові акти:

1. Конституція України: за станом на 28 червня 1996 р. / Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996. № 30,ст. 141. Конституція , Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Редакція станом на 30.09.2016.

Кодекси України:

2. Цивільний кодекс України: за станом на 16.01.2003. Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003. № 435-IV. Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV. Редакція станом на 30.09.2016.
3. Цивільний процесуальний кодекс: за станом на 18.03.2004. / Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004. Закон, Кодекс від 18.03.2004 № 1618-IV. Редакція станом на 02.11.2016.
4. Господарський кодекс України: за станом на 16 січня 2003 р. /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003. № 436-IV. Закон, Кодекс від від 16.01.2003 № 436-IV. Редакція станом на 08.12.2016.
5. Податковий кодекс України: за станом на 02.12.2010. /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013. № 13-14, № 15-16, № 17, ст.112)№ 21, ст.208. Закон, Кодекс від від 02.12.2010 № 2755-VI. Редакція станом на 01.01.2017.

Закони України:

6. Про режим іноземного інвестування: Закон України від 19.03.1996 № 93/96-ВР. /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 19, – Ст. 80 . – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>.
7. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991, №29. /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1991. № 959-XII , – Ст. 377. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>.

8. Про інвестиційну діяльність: Закон України від від 18.09.1991 № 1560-ХІІ /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1991. № 1560-12. – Ст.90. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
9. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 № 4002-ХІІ /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994. №4002-12. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua>.

Постанови:

10. Про врегулювання питань іноземного інвестування в Україну: Національний банк, Постанова, Положення від 10.08.2005 № 280. /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005. № 947/11227. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
11. Про затвердження Інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні: МЗЕЗторг України, Наказ від 18.01.1996 № 30. Документ z0034-96, поточна редакція від 06.07.2007, підстава z0730-07. [Інтернет ресурс] МЗЕЗторг України. 2007. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov>.
12. Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України: Постанова пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 №12. /Верховна Рада України. –К. : Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2008. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.

Конвенції :

13. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду ООН; Статут, Міжнародний документ від 26.06.1945. Документ 995_010, чинний, поточна редакція – Редакція від 16.09.2005, підстава 995_e56. [Інтернет ресурс]. Верховна Рада України, 2005. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
14. Статут Міжнародного Суду ООН: Статут, Міжнародний документ від 26.06.1945. Документ 995_010, чинний, поточна редакція – Редакція від

- 16.09.2005, підстава 995_e56. [Інтернет ресурс]. Верховна Рада України, 2005. – Режим доступу <http://zakon2.rada.gov.ua.page2>.
15. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами ООН; Конвенція, Міжнародний документ від 18.05.1965. (Конвенцію ратифіковано Законом №1547-III (1547-14) від 16.03.2000, (ВВР), 2000, N 21, ст.161). [Інтернет ресурс]. Верховна Рада України, 2000. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
16. Сеульська конвенція 1985р. про заснування багатостороннього агентства з гарантій інвестицій МБРР; Конвенція, Міжнародний документ від 11.10.1985. /(ВВР), 1985. Документ 995_268, чинний, поточна редакція – Підписання від 11.10.1985. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
17. Віденська конвенція про дипломатичні зносини ООН; Конвенція, Міжнародний документ від 18.04.1961. /(ВВР), 1996. Документ 995_048, чинний, поточна редакція – Ратифікація від 21.03.1964, підстава 199а-06. [Інтернет ресурс]. Верховна Рада України, 2000. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
18. ООН. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. (Нью-Йорк, 1958г.). /UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria. [Інтернет ресурс: www.uncitral.org]. – Режим доступу <http://www.newyorkconvention1958.org>.
- Угоди:
19. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС): Угода, Міжнародний документ від 15.04.1994./ Документ981_018, поточна редакція – Редакція від 06.02.2005, підстава 981_054. [Інтернет ресурс]. Режим доступу <http://zakon5.rada.gov.ua>.
20. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Албанія «Про сприяння та взаємний захист інвестицій»; Угода, Міжнародний документ від 25.10.2002./ Документ 008_004, чинний, поточна редакція. – Ратифікація

- від 18.02.2004, підстава 1502-15. [Інтернет ресурс]. –Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
21. Угода між Україною і Республікою Австрія про сприяння та взаємний захист інвестицій.: Австрія, Україна; Угода, Міжнародний документ від 08.11.1996. // (Угоду ратифіковано Законом N 192/97-ВР від 11.04.97); Документ 040_721, чинний, поточна редакція — Набрання чинності від 01.12.1997. [Інтернет ресурс]. Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
 22. Угода між Урядом України та Урядом Азербайджанської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій. / Кабінет Міністрів України, Азербайджан; Угода, Міжнародний документ від 24.03.1997. // (Угоду ратифіковано Законом N 578/97-ВР (578/97-ВР) від 16.10.97); Документ 031_017. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
 23. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Туркменистану про співробітництво в галузі урядового зв'язку. Дата підписання: 28.01.1998. Дата набрання чинності для України: 07.04.1998. // Туркменистан, Кабінет Міністрів України; Угода, Міжнародний документ від 28.01.1998. Документ 795_074. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
 24. Угода між Урядом України та Бельгійсько-Люксембурзьким Економічним Союзом «Про взаємне заохочення та захист інвестицій»; Угода, Міжнародний документ від 20.05.1996./ Документ 998_691, чинний, поточна редакція – Ратифікація від 26.02.1997, підстава 118/97-вр. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
 25. Угода між Україною та Боснією і Герцеговиною про заохочення і взаємний захист інвестицій. (Угоду ратифіковано Законом N 1285-IV (1285-15) від 18.11.2003, ВВР, 2004, N 12, ст.157). //Україна, Боснія і Герцеговина; Угода, Міжнародний документ від 13.03.2002. Документ 070_001, чинний, поточна редакція – Ратифікація від 18.11.2003, підстава 1285-15. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.

26. Угода між Урядом України та Урядом Його Величності Султана і Янг Ді-Пертуана Брунею Даруссаламу про сприяння та взаємний захист інвестицій: Cabinet of Ministers of Ukraine, Бруней Даруссалам; Agreement, Protocol, International document on June 18, 2004. // { Угоду ратифіковано Законом N 3599-IV (3599-15) від 04.04.2006, ВВР, 2006, N 37, ст.319}. Дата підписання: 18.06.2004 р.; Дата ратифікації: 04.04.2006 р.; Document 096_002, valid, current version – Ratification on April 4, 2006, on the basis of 3599-15. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
27. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про сприяння та взаємний захист інвестицій: Кабінет Міністрів України, Хорватія; Угода, Міжнародний документ від 15.12.1997. // (Угоду ратифіковано Законом N 1443-III (1443-14) від 10.02.2000); Документ 191_004, чинний, поточна редакція – Ратифікація від 10.02.2000, підстава 1443-14. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
28. Угода між Україною та Словацькою Республікою про сприяння та взаємний захист інвестицій Словаччина, Україна; Угода, Міжнародний документ від 26.02.2007. // {Угоду ратифіковано Законом N 128-VI (128-17) від 06.03.2008, ВВР, 2008, N 15, ст.117 }; Дата підписання: 26.02.2007; Дата набрання чинності для України: 20.08.2009. Документ 703_072, чинний, поточна редакція – Ратифікація від 06.03.2008, підстава 128-17. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
29. Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій: Україна, США; Договір, Міжнародний документ від 04.03.1994 . // (Договір ратифіковано Законом N 226/94-ВР від 21.10.94); Дата підписання: 04.03.1994; Дата ратифікації Україною: 21.10.1994; Дата набрання чинності для України: 16.11.1996; Документ 840_419, чинний, поточна редакція – Набрання чинності від 16.11.1996. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
30. Договір до Енергетичної Хартії та Заключний акт до неї. Протокол до Енергетичної Хартії з питань [...]. : ООН; Договір, Міжнародний документ

- від 17.12.1994. //(Договір ратифіковано Законом N 89/98-ВР (89/98-ВР) від 06.02.98); { Додатково Поправка (995_h23) від 24.04.98}; Документ 995_056, чинний, поточна редакція — Редакція від 24.04.1998, підстава 995_h23. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
31. Договір про створення Північноамериканської зони вільної торгівлі від 1.01.1994. // Л. Н. Давиденко, А. І. Базильова, А. А. Дичковський та ін .. Економічна теорія: Учеб. посібник Л. Н. Давиденко, А. І. Базильова, А. А. Дичковський та ін.; За заг. ред. Л. Н. Давиденко. – Мн .: Обчислюємо. шк., 2 002. – 366 с., 2002.
32. Статті Угоди Міжнародного валютного фонду: Міжнародний валютний фонд; Угода, Міжнародний документ від 22.07.1944.// (в ред. Резолюції Совета управляющих от 31.05.68 N 23-5, Резолюції Совета управляющих от 30.04.76 N 31-4 и Резолюції Совета управляющих от 28.06.90 N 45-3) (Бреттон-Вудс, 22 июля 1944 года); Документ 995_921, чинний, поточна редакція – Редакція від 10.11.2010, підстава 890_006. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
33. Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ 1947) (укр/рос): Бельгія, Канада, Австралія [...]; Угода, Міжнародний документ від 30.10.1947. // {Додатково див. Генеральну угоду з тарифів і торгівлі 1994 року (981_003) від 15.04.1994 }; Документ 995_264, поточна редакція — Редакція від 15.04.1994, підстава 981_003. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
34. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Македонія про сприяння та взаємний захист інвестицій: Кабінет Міністрів України, Республіка Македонія; Угода, Міжнародний документ від 02.03.1998. //(Угоду ратифіковано Законом N 1442-III (1442-14) від 10.02.2000); Документ 807_003, чинний, поточна редакція — Ратифікація від 10.02.2000, підстава 1442-14 [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
35. Угода між Урядом України та Урядом Латвійської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій: Кабінет Міністрів України,

- Латвія; Угода, Міжнародний документ від 24.07.1997. // (Угоду ратифіковано Законом N 735/97-ВР від 17.12.97); Дата підписання: 24.07.1997; Дата ратифікації Україною: 17.12.1997; Дата набуття чинності для України: 30.12.1997; Документ 428_005, чинний, поточна редакція — Ратифікація від 17.12.1997, підстава 735/97-вр . [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
36. Договор между Соединенными Штатами и Аргентиной о взаимном поощрении и защите инвестиций. Вашингтон. 14 ноября 1991 г. // Лабин, Дмитрий Константинович. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. – М.: Волтерс Клувер, 2008. –336. ISBN 978-5-466-00348-2 (в пер.). [Текст]; [Інтернет ресурс]. – Режим доступу: <https://books.google.com.ua>.
37. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Польща про взаємне заохочення та захист інвестицій: Кабінет Міністрів України, Польща; Угода, Міжнародний документ від 12.01.1993 . //Дата підписання: 12.01.1993; Дата набуття чинності: 14.09.1993; Документ 616_169, чинний, поточна редакція — Набрання чинності від 14.09.1993. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
38. Угода між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій: Швейцарія, Україна; Угода, Міжнародний документ від 20.04.1995. // { Протокол до Угоди див. (756_034) від 20.04.95 }; (Угоду ратифіковано Законом N 509/96-ВР від 15.11.96); Дата підписання: 20.04.1995; Дата ратифікації Україною: 15.11.1996; Дата набрання чинності для України: 21.01.1997. Документ 756_003, чинний, поточна редакція — Набрання чинності від 21.01.1997. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.
39. Угода про сприяння та взаємний захист інвестицій між Україною та Королівством Нідерландів Нідерланди, Україна; Угода, Протокол, Міжнародний документ від 14.07.1994.// (Угоду ратифіковано Законом N 120/97-ВР від 26.02.97); Документ 528_716, чинний, поточна редакція —

Ратифікація від 26.02.1997, підстава 120/97-вр. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.

40. Угода між Урядом України та Урядом Королівства Швеція про сприяння та взаємний захист інвестицій: Швеція, Україна; Угода, Міжнародний документ від 15.08.1995. // (Угоду ратифіковано Законом N 645/96-ВР від 25.12.96); Документ 752_706, чинний, поточна редакція — Набрання чинності від 01.03.1997. [Інтернет ресурс]. – Режим доступу <http://zakon0.rada.gov.ua>.

Міжнародні нормативно-правові акти:

41. Закон США про іноземні суверенні імунітети (United States Foreign Sovereign Immunities Act) від 1976 (FSIA) Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 1976 is a United States law, codified at Title 28, §§ 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), and 1602–1611 ; 21 October 1976. Retrieved 17 June 2014. // Public Law No: 113-287, To enact title 54, United States Code, "National Park Service and Related Programs", as positive law.
42. Bilateral Investment Treaty between Belgium-Luxemburg and Philippines entered into force on 19 December 2003. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: <http://www.aseanbriefing.com>.
43. Bilateral Investment Treaty between India and Sweden Signed on July 4, 2000, entered into force on 1 April 2001. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: <http://www.aseanbriefing.com>.
44. Bolivia Netherland BIT Електронний ресурс. Режим доступу:[<http://www.bilaterals.org>].
45. BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Croatia BIT (2001), entered into force on 19 December 2003. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.
46. Canada-Argentina BIT, entered into force on 29 April 1993. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: <http://www.bilaterals.org> .

47. Agreement for the Promotion and Protection of Investments in ASEAN 27/02/1976. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.asean.org>
48. Draft Articles on Diplomatic Protection – United Nations – Office of Legal Affairs, 2006. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://legal.un.org>.
49. Foreign states immunities act 1985. [Текст]; [Интернетресурс]; – Режим доступа: <http://www.austlii.edu.au>.
50. France-Singapore BIT 18 October 1976. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.
51. Finland-Egypt BIT, 5 February 2005. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.
52. Guatemalan, Costa Rican and Dominican Victims of the Stanford Ponzi Scheme and the Government of the United States of America, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under Section B of Chapter 10 of the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (29 December 2012), available by subscription on Transnational Dispute Management. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.transnational-dispute-management.com>.
53. Germany-Israel BIT 2.06.1974. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.
54. Germany-China BIT 11.11.2005. [Текст]; [Интернетресурс]; – Режим доступа: <http://arbitrationlaw.com>.
55. Greece – Cuba Bilateral Investment Treaties 18.10. 1997. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.
56. In the US Model BIT [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.ustr.gov>.
57. InvestmentBITS by Country UK-El Salvador BIT, 1 December 2001. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа:<http://www.sice.oas.org>.

58. Institut de Droit International, Resolution on Contemporary Aspects concerning Jurisdictional Immunities of States, article 2 (d), Annuaire, (1991) II, 64, 266. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.
59. North American Free Trade Agreement (NAFTA) 1994. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.sice.oas.org>.
60. Production Sharing Contract of Indonesia between Pertamina and Overseas Petroleum Investment Corp. and Treasure Bay Enterprise Ltd., 1995, Basic Oil Laws and Concession Contracts, Barrows Supplement (Asia and Australia), Supp. No. 149, art.17.2. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>.
61. State Immunity Act 1978. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>.
62. Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the promotion and protection of investments, 25.11. 1959. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.iisd.org>.
63. The «Trade Act of 2002» US, [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.gpo.gov>.
64. 2013 US Code Title 19 - Customs Duties Chapter 24 - BIPARTISAN TRADE PROMOTION AUTHORITY, [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://law.justia.com>.
65. US-Uruguay BIT, 01.11. 2006. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.bilaterals.org>.
66. UK-Philippines BIT, 02.01.1931. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://treaties.un.org>.
67. United States-Argentina BIT. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://unctad.org>.
68. US Model BIT (2012). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.state.gov>.

69. UNCITRAL, Partial Award 13 September 2001. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: <http://www.italaw.com>.

Література (підручники, посібники, монографії, збірники, дисертації, автореферати, статті, тези доповідей):

70. Бек Ю.Б. Правове регулювання іноземних інвестицій у спеціальних (вільних) економічних зонах України (на матеріалах СЕЗ “Яворів”). – Рукопис. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 - цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – Одеська національна юридична академія, – Одеса, 2005. – 233с.
71. Гриняк, А. Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підряду [Текст] : монографія / А. Б. Гриняк ; [відп. ред. В. В. Луць] ; НДІ приват. права і підприємництва Нац. акад. прав. наук України. – К. : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 299 с. – 300 экз. – ISBN 978-966-7509-83-5
72. Гриняк, Андрій Богданович. Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Гриняк Андрій Богданович ; Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. – К., 2013. – 34 с.
73. Цивільне право України: Підручник / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 720 с.
74. Інвестиційне право: підручник / Ю. М. Жорнокуй, О. М. Шуміло, О. П. Суц та ін.; за заг.ред. Ю. М. Жорнокуя. – Х.: Право, 2015. – 512 с.
75. Коссак, В. М. Правове регулювання іноземних інвестицій та міжнародної технічної допомоги в Україні [Текст] / В. М. Коссак, М. О. Михайлів. - Киев : Правова єдність, 2009. –308 с.
76. Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности и строительстве. – К.: Наук. думка, 1993. – 65с.

77. Луць В. М. Суспільно-географічні аспекти стратегічного планування розвитку регіону (на прикладі Вінницької області): автореф. дис. ... канд. геогр. наук : 11.00.02 / В. М. Луць ; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2010. – 20 с.
78. Майданик Р.А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві: Автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Майданик ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2003. – 28 с.
79. Підручник: У 2 кн. За ред. Дзери О. В. Кузнецової Н. С. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 687с.
80. Притика Ю. Д. Правове регулювання іноземних інвестицій в Україні [Текст] : навч. посіб. / Ю. Д. Притика. – К. : Юридичний світ, 2010. – (150с.). – С. 33.
81. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: Підручник / З. Ромовська. – 2-ге вид., допов. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 594 с.
82. Теремцова Н.В. Актуальні проблеми податкової політики України в умовах розбудови правової держави. /Збірник тез наукових робіт учасників міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 14-15 червня 2013 р.). // ГО «Центр економічних досліджень та розвитку». –О.: ЦЕДР.2013. – С.123-126. – 136 с.
83. Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Цивільне право України: Підручник. – Вид. 3, перероб. і доп. – К.: Істина, 2011. – 808 с.
84. Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 1. / Керівники авторського колективу овідальні редактори проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнецова. – К.: Юстініан, 2005. –358с.
85. Черевик Е. Инвестиционный процесс в развивающихся странах. – М.: Инфра, 1995. – 90с.
86. Чухно А. А. Економічна теорія:[у 2-х т.] / А. А. Чухно. – К.: ДННУ АФУ, 2010. – Т. 2. – (628 с.).

87. Шемшученко С. О. Захист іноземних інвестицій: міжнародно-правові стандарти: монографія / С. О. Шемшученко. – К.: Юридична думка, 2014. – 212 с.
88. Яримович Уляна Володимирівна, Придбання корпоративних прав як форма здійснення інвестицій. /Дисертація на здобуття наук.ступ. к.ю.н., спеціальність: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право /Яримович У.В. – Львів. 2012, – 245 с. Зарубіжна література (підручники, посібники, монографії, збірники, дисертації, автореферати, статті, тези доповідей): (-рос.) –
89. Богатырёв, А. Г. Инвестиционное право / А. Г. Богатырёв. – М.: Российское право, 1992. –311с.
90. Богуславский М. М. Международное частное право / М. М. Богуславский. – М.: Юристь, 2005. – 491с.
91. Богуславский М. М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. – М., 1996. – (462 с).
92. Брунцева Е. В. Международный коммерческий арбитраж : учеб. пособие для высш. юрид. учеб. заведений. – СПб., 2001. – 690с.
93. Вознесенская Н. Иностранные инвестиции и смешанные пред приятия в странах Африки. – М.: Норма, 1975. – 271 с.
94. Георгиев В. К. Защита и поощрение иностранных инвестиций. – М., 2004. – 45с.
95. Гуцин В. В. Инвестиционное право: учебник / В. В. Гуцин, А. А. Овчинников. – Изд. 2-е, перераб. и доп. –М.: Эксмо, 2009. – 623 с.
96. Доронина Н. Г. Некоторые организационно-правовые аспекты иностранных инвестиций в развивающихся странах: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 1979. – 25с.
97. Доронина Н. Г., Семилютина Н. Г. Международное частное право и инвестиции: науч.-практ. исслед. – М.: Юридическая фирма «Контракт»; «Волтерс Клувер», 2011. – (163 с.).

98. Золоева Я. О. Концессионные и иные договоры с иностранными инвесторами в области добычи полезных ископаемых: дис. ...канд. юрид. наук. – М., 2003. – 250 с.
99. Инвестиционное право: учеб.-практ. пособие /И. З. Фархутдинов, В. А. Трапезников. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – (432 с.).
100. Кейнс Дж. Общая теория занятости, процента и денег. – М., 1978. (352 с.).
101. Кириченко В. М., Куракин О. М. Теорія держави і права: модульний курс: навч. посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2010. – (264 с.).
102. Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и неметкий тест на пропорциональность: исторические корни //Сравнительное конституционное обозрение. – 2011. – № 3. – (С. 59–81). – С. 61.
103. Крупко С. И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. – М., 2001. – 202с.
104. Крупко С. И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. – М., 2002. – 400с.
105. Лунц Л. А. Курс международного частного права. в 3 т. – М.: Спарк, 2002. – (1007 с.).
106. Массе П. Критерии и методы оптимального определения капиталовложений. – М., 1971. – (506 с.).
107. Майфат А. В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монография / А. В. Майфат. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 134–135. – 405с.
108. Мозолин В. П. Право США и экспансия американских корпораций. – М., 1974. – 98с.
109. Мороз С. П. Инвестиционное право: Учебник. – 3 изд., перераб. и доп. – Алматы: КазГЮУ, 2006. – (431 с.).
110. Предпринимательское право: Курс лекций / Под ред. Н. И. Клей. – М., 1993. –143с.

111. Попов, Е. В. Разрешение международных инвестиционных споров // Правоведение. – 2000. – № 4. – С. 159–170. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru>.
112. Симсон, О. Э. Инвестиционные и инновационные правоотношения: Перспективы развития публичной и частной сфер [Текст] : монография / О. Э. Симсон; Акад. правовых наук Украины, НИИ интелект. собственности. – Киев: Ін Юре, 2005. – (416с.). – С. 145–146.
113. Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов / А. Смит // Антология экономической классики: в 2-х т. – М.: Эконов, 1991. – Т. 1. – 268с.
114. Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право. Теория и практика применения. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – (405 с.).
115. Фархутдинов И. З. Формы и методы урегулирования международных инвестиционных споров// Адвокат. – 2005. – № 3. – С. 10.
116. Шумпетер Й. Теория экономического развития / Й. Шумпетер. – М.: Прогресс, 1982. – (455 с.).
117. Фархутдинов И. З., Трапезников В. А. Инвестиционное право: учеб.-практ. пособие. – «Волтерс Клувер», 2006. – 360с.
Зарубіжна література (підручники, посібники, монографії, збірники, дисертації, автореферати, статті, тези доповідей): (–англ.) –
118. A Large Sample Survey, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/2, November 2012, – p. 11. [Текст]; [Интернет ресурс], –Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>.
119. Amerasinghe C.F. Jurisdiction of Specific International Tribunals. – P. 452. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
120. Antonio R. Parra, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, 12 ICSID Review (1997), – 325p. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.

121. An agreement to this effect was formally reached by the Parties on 5 June 1979 and communicated to the Tribunal (p. 342). 20 At pp. 349, 357 et seq. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: – <https://books.google.com.ua>.
122. Aron Broches 'The Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States' –(1972). – 136p. Hague Recueil pg 331-349. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
123. Barnali Choudhury, «Evolution or Devolution» Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, 6 J. WORLD INV. & TRADE 297, 319 (2005). [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
124. D. Carreau, P. Juillard, Droit international économique [3-e edition, Dallos, Paris, 2007], – 403. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
125. Fox H., The Law of State Immunity, 2002, 298-300. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
126. Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts by Robert Howse Issue 3. Volume 1 . April 2011. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: [http:// www.iisd.org](http://www.iisd.org).
127. For detailed discussion see Christina Knahr, “Investments ‘In Accordance with Hosts State Law’” (2007) 4:5 TDM; Ursula Kriebaum, “Chapter V: Investment Arbitration – Illegal Investments” (2010) Austrian Arbitration Yearbook 307. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
128. Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. World Bank. 1992. "Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment" in World Bank, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, volume II (Washington, D.C.: World Bank, 1992) at 33. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
129. Hallward-Driemeier, Mary. 2003. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite. World Bank,

- Washington, DC. World Bank. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://openknowledge.worldbank.org>.
130. Han Xiuli, *On the Principle of Proportionality in WTO Law* (2007). Chapter 2. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
131. Hans Kelsen: *Principles of International Law* (1967). –р. 447. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
132. Horni V., Krott S. (Hrsg.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* (2004). [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
133. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron May, 2005) 201 – 222, 204. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
134. International Law Commission, *Draft Articles on the International Responsibility of States for Wrongful Acts*, art. 5. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://legal.un.org>.
135. ILC, "Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-eighth Session" (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006) UN Doc A/61/10, Chapter IV, 33. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://legal.un.org>.
136. International Law Commission, *Draft Articles on the International Responsibility of States for Wrongful Acts*, art. 5. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://legal.un.org>.
137. Josef L. Kunz: *The Meaning and Range of the Norm of Pacta Sunt Servanda*, 39 *A.J.I.L.* (1945) at 180. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
138. Joachim Pohl, Kekeletso Mashigo and Alexis Nohen, *Dispute Settlement Provisions in International Investment* [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.

139. Julie A. Maupin «Differentiating Among International Investment Disputes» Draft of 18 September 2013 For coming in *The Foundations of International Investment Law: Bridging Theory into Practice*, Douglas, Pauwelyn, & Viñuales, eds (Oxford University Press, 2014). [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://oxfordindex.oup.com>.
140. Kevin P. Gallagher and Melissa B.L. Birch DO INVESTMENT AGREEMENTS ATTRACT INVESTMENT? EVIDENCE FROM LATIN AMERICA . [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://oxfordindex.oup.com>.
141. Mahmassani, The Legal Framework for Investment in Poland, 3 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 286, 297 (1988). [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
142. 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). [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://www.italaw.com>.
143. Nwougugu E. The legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries. Manchester, 1965. – P. 4. [Текст]; [Электронный ресурс]; – Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk>.
144. Neumayer, Eric and Spess, Laura (2005) Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World Development*, 33 (10). pp.1567-1585. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://eprints.lse.ac.uk>.
145. On the admission of investment, UNCTAD, Admission and Establishment, (1999); Patrick Juillard, “Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment”, 15 ICSID Rev., (2000) 322-339; Ibrahim 2- I.F. Shihata, “Recent trends relating to entry of foreign investment”, 9 ICSID Rev. (1994) 47-70; [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://oxfordindex.oup.com>.

146. Philippine Embassy Bank Account, Bundesverfassungsgericht, 13 December 1977, 65 ILR 146 (1984). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
147. Ripinsky S. Damages in international investment law / S. Ripinsky // British Institute of International and Comparative Law. – 2008. – P. 101. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
148. Ruggie, J., (May 2008). Stabilization Clauses and Human Rights. International Finance Corporation. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.ifc.org>.
149. Recent Developments in International Investment Agreements, June 2008. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.unctad.org>.
150. Rubins N., “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration” in N. Horn, 5. Kroll (eds), Arbitrating Foreign Investment Disputes (Kluwer Law International, The Hague, 2004). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
151. Report of the executive directors on the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. International Bank for Reconstruction and Development March 18, 1965. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://icsid.worldbank.org>.
152. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 31 ILM 1363 (1992). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
153. Report of the Executive Directors, para. 9, 1 ICSID Reports 25. 4 ICSID Reports 364. 1988, English, Book edition: State immunity : some recent developments / by Christoph H. Schreuer. 200 p., – P.153. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
154. Schwarzenberger G. Foreign investments and International Law. – L., 1959. – P. 401. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.

155. Schreuer C, Investment Disputes Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 10.10.2009, p.22-25. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.mpepil.com>.
156. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment// 2nd addition.,Cambridge University Press, 2004. – P. 227-228. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
157. Shihata I. and A. Parra “The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” (1999) 14 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 299, 308. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
158. Stanimi Alexandrov «'Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention» International Investment Law for the 21st Century Essays in Honour of Christopher Schreuer,(Oxford University Press 2009) p.322-337. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.ifc.org>.
159. The ICSID Convention: A Commentary By Christoph H. Schreuer. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
160. The Holy See and the Vatican City new chapter on Individual Criminal Responsibility in International Law. // Girocredit Bank AG der Sparkassen 991 n190; 24. //H. Morgenthau, Politics Among Nations, 5th edn, New York, 1973. Pp.608-609. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
161. The ICSID Convention: A Commentary, The Cambridge University Press, 2009, 2nd edition. – (1596 p.). – P. 236. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
162. 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). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.

163. The suggestion was originally put forward by the Claimants at the Tribunal's first session on 14/15 June 1978 but rejected by the Respondent (p. 338). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: – <https://books.google.com.ua>.
164. The ICSID Convention: A Commentary, The Cambridge University Press, 2009, 2nd edition. – (1596 p.). – P. 236. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
165. Treaty Establishing a Constitution for Europe, opened for signature on 29 October 2004, [2004] OJ C 310, art 1-11, para 1, 4, in Barry E. Carter (ed), International Law: Selected Documents (2005) 298-299. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
166. United Nations conference on trade and developments scope and definition unctad Series on Issues in International Investment Agreements II UNITED NATIONS New York and Geneva, 2011 No. 11.II.D.9 ISBN 978-92-1-1128154. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.ifc.org>.
167. UNCTAD (2008a). “Latest developments in investor–State dispute settlement”, ПА Monitor No. 1.; Salacuse JW (2007). “Is there a better way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution”. Fordham International Law Journal. Vol. 31, No. 1: 138–185. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
168. UNCTAD Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property. Module 2.5. – P. 9. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
169. Wälde, T. W., International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty– Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries, 29 Journal of World Trade 5, 60 et seq. (1995). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.
170. Wissenschaftliche Zeitschrift der Universitt Rostocks. Gesellschaftswissenschaftliche Reihe. Jahrgang. 22. 1973. 4 Heft. – S. 325–329.). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://dx.doi.org>.

171. Zimny, Zbigniew, Do International Investment Agreements Attract Foreign Direct Investment into Developing Countries? (June 17, 2008). [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: <http://ssrn.com>.

Матеріали практики:

172. Award of 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250. 49 AAPL v. Sri Lanka, Award of 27 June 1990, paras 34 and 35, ICSID Reports 246. p. 256: // Norbert Horn, Stefan Kröll, 2004. –Business & Economics. [Інтернет ресурс], – Режим доступу:<https://books.google.com.ua>.

173. Case: Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID No. ARB/84/3. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: – <https://books.google.com.ua>.

174. Cases: Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, 19 ICSID Review-FILJ (2004), . [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: – <https://books.google.com.ua>.

175. Case: Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID №.ARB/00/4 [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: – <https://books.google.com.ua>.

176. Case: Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, рішення у справі ICSID № ARB/05/22, 312-313. [Текст]; [Інтернетресурс]; – Режим доступу: – <https://books.google.com.ua>.

177. Case : Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4 [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: – <https://books.google.com.ua>.

178. Case: Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala) [1955] ICJ 1. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: – <https://books.google.com.ua>.

179. Case: Eudora A. Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB98/5, Award, 25 July 2001. 1965. [Текст]; [Інтернет ресурс]; – Режим доступу: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).

180. Case: Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
181. Case: Champion Trading Company Ameritrade International inc, James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction 21 February 2003. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
182. Case: Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID case No. ARB*05 f 15, Decision on Jurisdiction. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <http://www.iisd.org>.
183. Case: Tokios Tokelés v. Ukraine, Case No. ARB\02\18, 29 April 2004. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>
184. Case: Tokios Tokelés v. Ukraine , para. 23. Case No. ARB\02\18, 29 April 2004. [Текст]; [Интернет ресурс], – Режим доступа: <http://oxfordindex.oup.com>.
185. Case: Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
186. Case: Thunderbird Gaming Corporation v Mexico, ARBITRAL AWARD. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://opil.oup.com>.
187. Case: 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). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
188. Case: Piero Foresti and Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award, (4 August 2010). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
189. Case: Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.

190. Case: 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 [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com)
191. Case: Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18 [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
192. Case : Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic).[Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
193. Case: Арбитражное решение о компетенции и допустимости, No ARB 07/5. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
194. Case: Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, Award, (ICSID Case No. ARB/00/9), Final Award, 16 September 2003. § 8.6. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
195. Case: Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Jurisdiction, 21 October 2005. On this case, Christina Knahr, "Investments "in accordance with host state law", 4 Transnational Disputes Management, (September 2007). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com)
196. Case: Lemire v.Ukraine. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
197. Case: Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com)
198. Case: Robert Azinian and Others v United Mexican States ICSID No ARB (AF)/97/2. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
199. Case: Wena Hotels Ltd v. the Arab Republic of Egypt, Decision on the Interpretation of the Arbitral Award, October 31, 2005. – ICSID case

- №ARB/98/4. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>
200. Case: *Sempra Energy International v. Argentina*, Decision on Annulment, June, 29, 2010. – ICSID №ARB/02/16. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>
201. Case: *Amoco International Finance v Iran*, 15 Iran-U.S. C.T.R. 189, 239. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.trans-lex.org>.
202. Case: *AGIP Co. SpA v. Government of the Popular Republic of Congo* Award of 30 November 1979, 21 ILM at p. 726 (1982). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>
203. Case: *Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL)* Award of 24 May 1982. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
204. Case: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6 (referring to Article 41(2) as including issues of admissibility). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://worldbank.org>.
205. Case: *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis*, ICSID Case No. ARB/95/2. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>
206. Case : *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
207. Case: *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID. Case No. ARB/81/1. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https://www.italaw.com>.
208. Case: *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4. // Лабин, Дмитрий Константинович. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. – М.: Волтерс Клувер, 2008. –336. ISBN 978-5-466-00348-2 (в пер.). [Текст]; [Интернет ресурс]. – Режим доступа: <https://books.google.com.ua>.

209. Case: *CMS v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
210. Case: *LG & E v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 30 April 2004, para 67.[Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
211. Case: *AES Corporation v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, paras 56, 57. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
212. Case: *Sempra Energy International v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, para71. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
213. Case: *CamuzziIntl. S.A. v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras 56 et seq. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
214. Case: *Gas Natural SDG, S.A. v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005, paras 37-40. [Текст]; [Интернетресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
215. Case: *Continental Casualty Company v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 22 February 2006, at para 74. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
216. Case: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrates delAgua S.A. v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006, paras 27-30. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
217. Case: *El Paso Energy Intl. Co. v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, at paras 89-100. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
218. Case: *National GridPCL v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 20 June 2006, at paras 123-141. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).

219. Case: Pan American v Argentina, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, paras 55-70. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
220. Case: ICSID, Tecmed v Mexico. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https // www.worldbank.org>.
221. Case: MTD v. Chile No. Arb/01/7 Award (2004). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https // www.asil.org>.
222. Case: Aucoven v Venezuela No. ARB/00/5 Award (2003). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www. worldbank.org>.
223. Case: Venezuela, Award, 9 March 1998, 37 ILM 1391, 1396(1998). – 204 Award, 20 May 1992, 3 ICSID Reports 206/7. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
224. Case: CMS v Argentina No. ARB/01/8 Award (2005). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.worldbank.org>.
225. Case: Azurix Corp v Argentine Republic, No. ARB/01/12 Award (2006). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www. iisd.org>.
226. Case: LG&E v Argentina No. ARB/02/1 Decision on Liability Award (2006). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
227. Case: Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary, No. ARB/04/15 Award (2006). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www. worldbank.org>.
228. Case: Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17.3.2006. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com> .
229. Case: Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID No. ARB/07/16. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
230. Case: Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID No. ARB/03/17, Decision on Liability (July 30, 2010). [Текст]; [Интернетресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.

231. Case: Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
232. Case: Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Partial Award. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
233. Case: Eastern Sugar B.V.(Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
234. Case: Tokios Tokeles v. Ukraine (ICSID Case No. ARB 02/18, 2004). // Лабин, Дмитрий Константинович. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. – М.: Волтерс Клувер, 2008. –336. ISBN 978-5-466-00348-2 (в пер.). [Текст]; [Интернет ресурс]. – Режим доступа: <https://books.google.com.ua>.
235. Case: Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID. No. ARB/09/11. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
236. Case: Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine, ICSID No ARB/04/2, Order (March 16, 2006). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
237. Case: Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID No. ARB/07/16, Award (Nov. 8, 2010). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
238. Case: MTD v Chile, No. Arb/01/7 Award (2004). [Текст]; [Интернетресурс]; – Режим доступа: [https // asil.org/ilib](https://asil.org/ilib).
239. Case: Mobil Oil Corporation and others v. New Zealand (ICSID No. ARB/87/2) [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https//www.icsid.worldbank.org](https://www.icsid.worldbank.org).
240. Case: Colt Industries Operating Corporation v. Republic of Korea, ICSID No. ARB/84/2. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).

241. Case: AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, Award, 30 November 1979, 1 ICSID Reports 323. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
242. Case : Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID No. ARB/84/3). [Текст]; [Интернетресурс]; – Режим доступа: <https // icsid.worldbank.org>.
243. Case: S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID No. ARB/77/2. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
244. Case: MINE v. Guinea, Decision on Annulment, 22 December 1989, 4 ICSID Reports 84. Cf. also at pp.85 and 88. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
245. Case: SOABI v. Senegal, Award, 25 February 1988, 2 ICSID Reports 190. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
246. Case: Fedax v. Venezuela, Award, 9 March 1998, 37 ILM 1391, 1396 (1998). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
247. Case: LETCO v. Liberia, Award, 31 March 1986, 2 ICSID Reports 343. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
248. Case: Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal, ICSID No. ARB/82/1. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
249. Case : Alcom v. Colombia, House of Lords, 12 April 1984, 23 ILM 719 (1984). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
250. Case: Benamar v. Embassy of the Democratic and Popular Republic of Algeria, Corte di cassazione, 4 and 25 May 1989, 84 AJIL 573 (1990). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.
251. Case: S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID No. ARB/77/2. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: <https //www.italaw.com>.

252. Case: Benvenuti and Bonfant v. Banque Commerciale Congolaise, 1988. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
253. Case: Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA (UNCITRAL rules). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
254. Case: Ireland v. United Kingdom, 2003. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
255. Case: Cameroon v. United Kingdom, 1963. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
256. Case: Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID No. ARB/84/4. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
257. Case: Nauru v. Australia. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
258. Cour d'appel, Paris, 5 December 1989, 2 ICSID Reports 337; 117 Journal du Droit International 141 (1990). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
259. Cour de cassation, 11 June 1991, 2 ICSID Reports 341; 118 Journal du Droit International 1005 (1991). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
260. Cour d'appel, Paris, 5 December 1989, 2 ICSID Reports 338, 340; 117 Journal du Droit International 141 (1990). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
261. District Court, S.D.N.Y., 5 September 1986, 2 ICSID Reports 384. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
262. District Court, S.D.N.Y., 12 December 1986, 2 ICSID Reports 385, 388/9. The decision was affirmed on appeal with no published opinion by the United States Court of Appeals for the Second District on 19 May 1987.[Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступа: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
263. Elettronica Sricula SpA (ELSI) (USA v. Italy), ICJ Rep. 1989, 15; Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, International investment

- arbitration: substantive principles (Oxford University Press, 2007) para. 6.93. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступу: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
264. Execution of Embassy Account, Oberster Gerichtshof, 30 April 1986, 77 ILR 489 (1988). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступу: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
265. International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Separate Opinion, December 2005 (of Thomas Wälde, December 2005). [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступу: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
266. Interhandel (Switzerland v. USA), Judgment, ICJ Rep. 1959, 6, 28; see Articles 14–15 of the ILC Articles on Diplomatic Protection 2006. [Текст]; [Електронний ресурс]; – Режим доступу: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).
267. Методические рекомендации по оценке эффективности инвестиционных проектов. 2-е изд. – М.: Экономика. 2000. – 104с.
268. Schreuer С.Н. The ICSID convention: a commentary [Книга] : a commentary on the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states / Christoph Н. Schreuer with Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair. – 2nd ed. – New York : Cambridge University Press, 2009. – LXVII, [7], 1524 p. P.-610
269. The World Bank Country Report for Burkina Faso. // shows general government final consumption expenditures of \$1,268,998,089 in current 2006 dollars. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступу: [https// www.data.worldbank.org](https://www.data.worldbank.org).
270. The List of Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention (April 2008), at 11 (available on the ICSID website).[Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступу: [https //www.italaw.com](https://www.italaw.com).

Довідкова література:

271. Юридична енциклопедія [Текст] : в 6 т. Т.2 . Д-Й / голова редкол. Ю. С. Шемшученко. – К. : Українська енциклопедія ім. М.П.Бажана, 1999. – 744с.

272. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. — Т. 1: А - Г. 672 с.: іл.
273. Лопатников, Л. И. От плана к рынку: карманная энциклопедия / Л. И. Лопатников. – М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2013. – 168с.
274. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment - 4th Edition. [Текст]; [Интернет ресурс]; – Режим доступу: [https // www.oecd.org](https://www.oecd.org).