

КРИТЕРІЇ ІНВЕСТИЦІЇ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ЮРИСДИКЦІЇ ІНВЕСТИЦІЙНИХ АРБІТРАЖНИХ СУДІВ

ГРИГАНСЬКА Поліна Андріївна - студентка 4 курсу Інституту міжнародних відносин Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

УДК 341.01

Робота посвячена аналізу практики інвестицій третейських судів, учреджених во исполнение Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами.

Ключові слова: критерії інвестиції, арбітражні суди.

Метою даної статті є проведення аналізу практики інвестиційних арбітражних судів, утворених відповідно до Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами [1] (надалі «Конвенція»), або відповідно до Арбітражного Регламенту ЮНСІТРАЛ [2]. Як відомо, необхідною умовою [3, с.125] при розгляді інвестиційної арбітражної справи є визначення судом своєї юрисдикції. Основним елементом у визначенні їх юрисдикції є доведення існування або не існування інвестиції.

Перш за все необхідно визначити сам термін «інвестиція». Як відомо, в Конвенції не має формального визначення даного поняття. Причиною цього було небажання і, напевно, неспроможність її творців (представників держав на Вашингтонській конференції 1955 року) визначити чіткі рамки інвестицій. Адже економіка і торговельні відносини між державами та іншими суб'єктами постійно розвиваються, змінюються, набувають нових форм. Обмежити таке фундаментальне поняття інвестиційного спору, як «інвестиція» до переліку певних чітких ознак означало б пригальмувати при-

родній розвиток економічних відносин та механізмів для їх здійснення. Це означало б постійну необхідність вносити зміни, доповнення до відповідної статті, проводити додаткові переговори та консультації. Що було головним мотивом для такої нерішучості, так це небажання обмежувати автономну волю сторін двосторонніх інвестиційних договорів самостійно, відповідно до рівня свого економічного розвитку, стану відносин з іншою державою, визначати межі поняття інвестиції. Фактично творці Конвенції залишили основне питання для своєї юрисдикції на розсуд державам.

Як відомо, двосторонні інвестиційні договори укладаються між державами для захисту інвестицій інвестора однієї зі сторін на території другої держави, в яку зроблена дана інвестиція. Тому визначення терміна «інвестиція» саме за таким договором є критичним [4, с.1], оскільки від відповідності йому залежить той факт, чи буде дана інвестиція підпадати під захист даної держави. Майже всі двосторонні інвестиційні договори містять визначення поняття «інвестиція», яке формулюється досить широко, але, тим не менш, відображає (принаймні повинно відображати) явно виражений намір держав чітко окреслити його. Отже, в типових двосторонніх інвестиційних договорах під поняттям «інвестиція» розуміється «будь-яке майно будь-якої форми, інвестоване (що перебуває у власності) інвестором на території другої сторони (договору) у відповідності до законодавства останньої» [5], [6], [7], [8].

Після такого визначення в договорах зазвичай перелічуються види такого майна, але з обов'язковою вказівкою на те, що даний перелік не є виключним. Все ж сторона позивача намагається довести перед трибуналом, що його інвестиція підпадає під конкретну категорію в переліку у відповідній статті.

Якщо розділити дане поняття на декілька взаємопов'язаних елементів, відповідність яким перевіряється в кожному індивідуальному випадку, то до них відносяться:

- 1) будь-яке майно будь-якої форми;
- 2) воно має бути інвестованим (перебувати у власності);
- 3) особа, яка здійснила інвестицію, має бути інвестором згідно з поняттям, наведеним зазвичай у цьому ж договорі;
- 4) майно має бути інвестоване саме на території другої сторони (в багатьох справах трибунали піддавали сумніву релевантність даного критерію, оскільки з розвитком торговельних відносин складно чітко встановити, чи була інвестиція фізично розміщена на території іншої сторони);
- 5) майно має бути інвестоване правомірною, тобто у відповідності з законами та іншими нормативно-правовими актами держави, в якій здійснена інвестиція.

Сторони інвестиційного процесу, в залежності від своєї позиції (позивач чи відповідач) вдаються до класичного способу обмеження перевірки на існування інвестиції до відповідної статті двостороннього інвестиційного договору (у випадку, якщо сторона виступає позивачем), або ускладнення перевірки до необхідності звертатися до об'єктивних критеріїв інвестиції (у випадку, якщо сторона виступає відповідачем). Позивачу не вигідно перевіряти наявність інвестиції за додатковими тестами так само, як і відповідачу потрібно намагатися використати всі додаткові важелі припинення позову на юрисдикційній стадії.

Об'єктивні критерії інвестиції в їх класичному розумінні були сформульовані в справі *Salini Construttori SpA v. Kingdom of Morocco* [9]. Хоча вона не була першою справою [10], в якій піднімалося питання існування незалежних від двостороннього договору критеріїв інвестиції, але саме її взяли

за основу для подальших перевірок на існування інвестиції, як в рамках ІКСІД, так і в рамках трибуналів за арбітражними правилами ЮНСІТРАЛ.

Серед цих критеріїв зазвичай виділяють наступні чотири позиції [10]:

- 1) майно, яке має економічну цінність;
- 2) певна тривалість;
- 3) певний ризик;
- 4) сприяння економічному розвитку держави, в якій здійснена інвестиція.

Всі ці критерії були вироблені трибуналом у вищезгаданій справі. Але до даного рішення, наприклад, у справі *Fedax N.V. v. Venezuela* [11] було вже визначено, що базовими ознаками інвестиції є те, що вона є майном, що має економічну цінність і повинна мати певну тривалість, певний рівень ризику, певну регулярність отримання прибутку, а також певне значення для економічного розвитку держави, на території якої вона була здійснена [11].

Що стосується першого критерію, він є базовим і не викликає особливих спорів у сторін та арбітрів. Фактично він співпадає з типовим визначенням інвестиції, яке наводиться в багатьох двосторонніх інвестиційних договорах. Цей критерій є основоположним і на відміну від інших трьох його не так складно перевірити. Трибунали беруть за основу звичайне значення поняття «майно, що має економічну цінність». Такий підхід є звичною практикою і застосовується згідно з п. 1 ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів [12]. Звичайне значення певного поняття за загальним правилом можна знайти у визнаних тлумачних словниках (*Oxford English Dictionary*, *American Heritage Dictionary* etc.).

Другий критерій викликав певні суперечності між сторонами та арбітрами. В класичній справі *Salini Construttori SpA v. Kingdom of Morocco* [9] арбітри прийшли до висновку, що в цілому достатньою вважається тривалість інвестиції від двох до п'яти років. Цей підхід пов'язаний насамперед з обставинами самої справи, за яких договір був укладений на 32 місяці і до початку розгляду спору тривалість інвестиції становила вже фактично 36 місяців. Але історії інвестиційних спорів відомі і випадки, коли трива-

лість інвестиції вважалась достатньою, якщо контракт, основою якого вона була, був виконаний (в деяких випадках одного року для визнання відповідності інвестиції даному критерію було достатньо).

Третій критерій вважається досить невизначеним і широким для розуміння. Певні ризики можуть бути пов'язані і з правовим регулюванням держави, в якій здійснювалась інвестиція, і з певними форсмажорними обставинами, і з нестабільністю влади. Ситуації, які можуть підпасти під даний критерій, є досить різноманітними.

Останній з них є найбільш спірним і критикується в наукових колах. Варто звернутися до анулювання рішення Комітетом у справі *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* [13]. В даній справі було визнано, 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.

Необхідно зазначити, що звичною є практика звернення до об'єктивних критеріїв інвестиції не лише для ІКСІД, а й для трибуналів, створених за арбітражними правилами ЮНСІТРАЛ. Так, можна навести приклад справи *Romak S.A. v. Uzbekistan* [14]. В ній арбітри прийшли до рішення, що на юрисдикційному етапі розгляду справи неправильно обмежуватися лише відповідною нормою двостороннього інвестиційного договору. Вони відстоювали ту позицію, що беручи за основу доволі широке поняття інвестиції в такій нормі (будь-яке майно в будь-якій формі) можна легко перейти межу між тим, що може і не може бути інвестицією. Арбітри підкреслювали, що при

перевірці певного майна на відповідність поняттю інвестиції існує уявний поріг („a benchmark“) [14], який відділяє все майно, що не є інвестицією, від того, що нею являється. Цей поріг є об'єктивною межею, визначити яку можна лише звернувшись до певних критеріїв. Логіка в такому розумінні безперечно існує, але, як було вже відмічено вище, деякі з цих критеріїв не можна назвати об'єктивними, оскільки вони є якраз навпаки суб'єктивними. Їх відповідність в кожному індивідуальному випадку визначається трибуналом на його власний розсуд, а значна кількість анульованих рішень таких трибуналів змушує замислитись над тим, чи можливо все ж таки визначити дану межу.

При аналізі критеріїв інвестиції варто звернутися ще до одного рішення, яке відіграло важливу роль в розвитку окремих положень інвестиційного права не лише в міжнародній площині, а й для України безпосередньо. Це, насамперед, справа *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine* [15]. Трибунал в даній справі визначив, що інвестиція сама по собі має об'єктивні критерії (сформульовані при вирішенні попередніх інвестиційних спорів), що впливають зі статті 25 [1] Конвенції, і які не можуть бути відкинуті через наявність відповідного положення в такому правовому інструменті, як двосторонній інвестиційний договір [15]. Вартим уваги є твердження про те, що, говорячи про критерії інвестиції, маються на увазі не критерії на основі статті 25 Конвенції, а критерії інвестиції «per se». Тобто, даний трибунал визначив, що інвестиція має невід'ємне визначення [15] та характеристики, незалежно від її виду та обставин її формування.

Разом з тим можна стверджувати, що при визначенні наявності інвестиції за двома напрямками – відповідність об'єктивним критеріям на основі ст. 25 та положенню двостороннього інвестиційного договору - між ними не може бути суперечності. Немає причин вважати, що інвестиція буде мати інше визначення за договором, ніж за критеріями. Цікавим в цьому відношенні є питання про застосовність Конвенції при зверненні до трибуналів, створених на основі арбітражних правил ЮНСІТРАЛ. Вище

було згадано справу ЮНСІТРАЛ Romak S.A. v. Uzbekistan. На перший погляд, видається дивним застосування положення та критеріїв, що з нього випливають при зверненні до трибуналів ЮНСІТРАЛ. Незважаючи на це, оскільки в двосторонніх інвестиційних договорах зазвичай надається вибір між ІКСІД та трибуналами ЮНСІТРАЛ, звернення до останнього з них не надає права сторонам відмовитися від об'єктивних критеріїв інвестиції [14]. Навпаки, саме наявність цього вибору в договорі передбачає, що держави-учасниці мали намір тлумачити поняття «інвестиція» в об'єктивному ключі. Адже було б дивним уявлення про те, що, надаючи вищезгаданий вибір, вони уповноважують сторони спору тлумачити дане поняття в зручний для них спосіб, звертаючись до того чи іншого виду арбітражу.

Загалом, необхідно зазначити наступне: трибунали при винесенні рішень підкреслюють неов'язковість попередніх рішень в інвестиційних спорах для них. Свою позицію вони обґрунтовують тим, що рішення у спорах не можна назвати офіційним джерелом міжнародного права і навіть звернення до них в інших спорах не виражає загальної згоди світової громадськості на застосування їх положень, як таких [14], [16], [17]. Більше того, трибунали не вважають себе зобов'язаними сприяти подальшому розвитку та вдосконаленню міжнародного інвестиційного права. Така робота має проводитися в рамках доктринальних досліджень [18].

Як висновок, необхідно ще раз підкреслити, що хоча визначення інвестиційним трибуналом своєї юрисдикції (тобто наявності чи відсутності інвестиції) є в кожному випадку індивідуальним рішенням і супроводжується детальним аналізом всіх обставин справи, все ж відкидати наявність певних незалежних ознак (критеріїв) інвестиції не можна. Незважаючи на форму та спосіб, у який конкретна «інвестиція» була зроблена, для визнання її «інвестицією» цілком логічно її необхідно перевірити за певними базовими параметрами, якими є вже вищезгадані: майно, яке має економічну цінність; певна тривалість; певний ризик; сприяння економічному розвитку держави, в якій

здійснена інвестиція. Ці параметри є «природними» характеристиками інвестиції, без розгляду яких неможливо винести обґрунтоване справедливе рішення.

Література

1. Конвенція про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами. Конвенція, Міжнародний документ від 18.05.1965 р./Ратифікована Законом України № 1547-14 від 16.03.2000 р., № 21, ст. 161 [Електронний ресурс]– Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_060

2. Арбітражний Регламент ЮНСІТРАЛ. Регламент, Міжнародний документ від 15.06.1976/№ 995_059 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_059

3. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД): некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства. Монография. – К.: Юридична практика, 2005. – 304 с.

4. Malik M. Definition of investment in international investment agreements/ M. Malik. – International Institute for Sustainable Development/Best Practices Series, 2009. – Bulletin #1. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.iisd.org/pdf/2009/best_practices_bulletin_1.pdf

5. Угода між Україною та Словацькою Республікою про сприяння та взаємний захист інвестицій. Угода, Міжнародний документ від 26.02.2007 р./Ратифікована Законом України № 128-17 від 26.03.2008 р., № 15, ст. 117. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/703_072

6. Угода між Урядом України та Урядом Канади про сприяння та захист інвестицій. Угода, Міжнародний документ від 24.04.1994/Ратифікована Законом України № 203/95-ВР від 02.06.1995 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/124_008

7. Угода між Урядом України та Урядом Фінляндської республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій. Угода, Міжнародний документ від 07.10.2004 р./Ратифікована Законом України № 2935-15

АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено аналізу практики інвестиційних арбітражних судів, утворених відповідно до Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами.

SUMMARY

The article is devoted to analysis of the practices of investment arbitration courts established pursuant to the Convention on the procedure of resolving investment disputes between States and foreign persons.

від 05.10.2005 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/246_022

8. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Сан-Марино про сприяння та взаємний захист інвестицій. Угода, Міжнародний документ від 13.01.2006 р./Ратифікована Законом України № 571-17 від 19.09.2008 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/674_002

9. Salini Construttori SpA & Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco/ ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on jurisdiction, 23 July 2001 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://italaw.com/documents/Salini-English.pdf>

10. Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica/ICSID Case No. ARB/74/2 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://internationalinvestmentlawmaterials.blogspot.com/2011/09/alcoa-minerals-of-jamaica-inc-v-jamaica.html>

11. Fedax N.V. v. Republic of Venezuela/ ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the tribunal on objections to jurisdiction, 11 July 1997 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://italaw.com/documents/Fedax-1997-Last.pdf>

12. Віденська конвенція про право міжнародних договорів. Конвенція, Міжнародний документ від 23.05.1969 р./Указ Президії Верховної Ради УРСР № 2077-11 від 14.04.1986 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_118

13. Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia/ICSID Case No. ARB/05/10 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1030_En&caseId=C247

14. Romak S.A. v. Republic of Uzbekistan/ PCA Case No. AA280 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/ROMAK-UZBEKISTAN%20Award%2026%20November2009.pdf>

15. GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine/ICSID Case No. Arb/08/16, Award, 31 March 2011 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2131_En&caseId=C440

16. Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AŞ v Pakistan/ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC523_En&caseId=C27

17. RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation/SCC Case No V079/2005, Award, 12 September 2010 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://italaw.com/documents/RosInvestCoAward.pdf>

18. AES Corporation v. The Argentine Republic/ICSID Case No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://italaw.com/documents/AES-Argentina-Jurisdiction_000.pdf