

КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ ЛІНГВІСТИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

ФАКУЛЬТЕТ ТУРИЗМУ, БІЗНЕСУ І ПСИХОЛОГІЇ

КАФЕДРА МЕНЕДЖМЕНТУ ТА МАРКЕТИНГУ

КУРСОВА РОБОТА

з навчальної дисципліни “Міжнародне право”

на тему: Міжнародне інвестиційне право

студента 4 курсу, групи Пр 04-19
факультету туризму, бізнесу і психології
денної форми здобуття освіти
спеціальності 081 Право
першого (бакалаврського) рівня
Висотенко Ігор Євгенович

Керівник к.ю.н., доц. Машков К.Є.

Національна шкала _____

Кількість балів: _____ Оцінка ЄКТС _____

Члени комісії	_____	_____
	підпис	ініціали та прізвище
	_____	_____
	підпис	ініціали та прізвище

Київ – 2022

Зміст

Вступ.....	ст. 3.
Розділ 1.Значення та походження міжнародного інвестиційного права.....	ст. 4-33.
Розділ 2. Стандарти управління іноземними інвестиціями.....	ст.34-38.
Розділ 3. Конфіскація активів інвестора та її види.....	ст.39-41.
Розділ 4. Компенсація в міжнародному інвестиційному праві.....	ст.42-52.
Розділ 5.Захист іноземних інвестицій під час збройних конфліктів.....	ст.53-55.
Висновок.....	ст.55.
Список використаних джерел.....	ст.56-57.

Вступ

В час воєнного стану, є доцільним диверсифікація активів, з подальшою інвестиційною діяльністю, за межами України і можливим ростом фінансової платоспроможності, приватних інвесторів і хеджфондів.

Проте Українським приватним інвесторам, мало відомо про юридичний аспект інвестицій за кордоном, тому розуміючи всю важливість даної теми яку я обрав, і з задоволенням відображу основні аспекти міжнародного інвестиційного права в цій роботі.

Розділ 1

Значення та походження міжнародного інвестиційного права.

Міжнародне інвестиційне право виникло не на порожньому місці. Було б доцільно припустити, що воно з'явилося в 1990 році разом із рішенням у справі проти Шрі-Ланки, але, як це часто буває, реальність набагато витонченіша. Міжнародне інвестиційне право не розвивалося, оскільки його коріння майже такі ж давні, як і загальне міжнародне право. У двох словах можна сказати, що міжнародне інвестиційне право — це застосування в певному секторі економіки правил і правових механізмів, які діють протягом тривалого часу.

Потреби, які виправдовували розвиток міжнародного інвестиційного права, далеко не нові. Захист осіб, наданий державами, завжди був головним питанням міжнародних відносин у Вестфальському світі. Можна згадати, що Ваттель писав у XVIII столітті, що держава не може приймати іноземців, «щоб заманити їх у пастку». Далі він зазначив, що «щойно держава приймає їх, вона бере на себе зобов'язання захищати їх так, ніби вони є її власними громадянами, і забезпечувати їм повну безпеку в максимально можливому обсязі». Простий принцип захисту, який надається іноземцям було створено досить швидко, в той час, коли міжнародного права, як ми його розуміємо сьогодні, просто не існувало. Однак перші спроби захисту товарів та активів іноземців з'явилися пізніше, шляхом створення механізмів, які можна вважати джерелом сучасної системи. Тим часом збільшення використання нового правового інструменту — пізніше названого «державним контрактом» — значно сприяло інтернаціоналізації правових відносин між державами перебування та іноземними інвесторами. Однак міжнародне інвестиційне право, яким ми його знаємо сьогодні, справді з'явилося разом із зростанням кількості договорів про захист інвестицій.

Конкретний приклад. Уявімо собі, що в другій половині 19 століття французький бізнесмен намагається розбагатіти в далекій країні, скажімо, в Латинській Америці. Спочатку все йде добре, країна молода і потребує капіталу та ноу-хау, які напрацьовувалися в Європі протягом кількох десятиліть. Але уявімо, що через кілька років уряд цієї країни буде скинуто, а всі блага, якими володіє бізнесмен, конфісковані: шахта закрита, будівельний майданчик перервано, проект відмовлено тощо. Яке рішення ми можемо йому запропонувати? Першим і найочевиднішим було б подати позов до національних суддів. Але є кілька причин, чому в більшості випадків це не буде ефективним. Як було сказано раніше, країна молода, оскільки нещодавно отримала незалежність. У більшості випадків нещодавнє здобуття незалежності означає певну слабкість державних інституцій (ілюстрацією цього є нещодавнє повалення уряду). Тому позов до національного судді, швидше за все, буде невдалим. Така ситуація, яка за певних обставин могла означати відмову в

правосудді, змусила іноземних інвесторів шукати захисту згідно з міжнародним правом. Тоді існувало три відомі варіанти. Вони так багато привнесли в міжнародне інвестиційне право, що про них варто згадати тут. Ці варіанти: дипломатичний захист, змішані комісії та міжнародний арбітраж.

Дипломатичний захист

Загальний принцип. Дипломатичний захист є давнім інститутом міжнародного права. Тим не менш, було переконливо стверджено, що він не забезпечує достатнього захисту для іноземних інвесторів. У наш час суб'єкти господарювання зазвичай шукають захисту за допомогою інших типів механізмів, як і виникло міжнародне інвестиційне право. Ми згадаємо тут основні аспекти цієї еволюції.

Дипломатичний захист як захист інвесторів

Короткий опис механізму

Дипломатичний захист сьогодні. Не можна не помітити, що дипломатичний захист зазнав певного спаду. Проте нещодавно Міжнародний суд ООН розглядав справи, пов'язані з цим механізмом, зокрема справи *LaGrand*⁵ та *Avena*⁶, а нещодавно справу *Diallo*⁷. Навіть якщо ці справи стосувалися не тільки запитів про дипломатичний захист, це все одно свідчить про те, що цей інститут залишається актуальним у сучасних міжнародних суперечках.

Механізм дипломатичного захисту. Незважаючи на останні зміни, дипломатичний захист, здається, ідеально підходить для забезпечення захисту іноземних інвесторів. Справді, дипломатичний захист має на меті захистити особу від дій держави, громадянином якої вона не є – такими діями є, наприклад, ув'язнення особи без законної причини, проведення поспішного судового розгляду, конфіскація її майна, заборона здійснення діяльності тощо. За таких обставин держава, громадянином якої є особа, може діяти від її імені та пред'явити позов державі, яка вчинила ці дії. Потім конфлікт стає суперечкою між двома державами: Постійна палата міжнародного правосуддя справді вважала у дуже відомій заяві, що держава, яка діє для дипломатичного захисту своїх громадян, «відстоює свої власні права, вимагаючи компенсації на тій підставі, що палестинська чи британська влада поводитися з п. Мавромматісом, одним із її підданих, у спосіб, несумісний із певними міжнародними зобов'язаннями, яких вони були зобов'язані дотримуватися». У такому випадку держава не діє в національній назві: ця дія не здійснюється через мандат. Держава діє від свого власного імені, оскільки вона має право очікувати від інших держав поведінки з її громадянами відповідно до міжнародного права.

Шкода, завдана громадянину проти шкоди, завданої державі. У справах, пов'язаних із дипломатичним захистом, часто кажуть, що держава не зазнає прямої шкоди. Натомість ми посилаємося на непрямую шкоду на тій підставі, що з одним із її громадян не поводитися відповідно до міжнародного права. Однак ця точка зору, здається, не узгоджується з позицією, оскільки Суд чітко зазначив, що в такій справі буде поставлено на карту власне право держави.

Коли іноземець розчарований у здійсненні своїх прав іноземною державою, насправді є дві шкоди: одну зазнав іноземець як фізична особа, а іншу зазнала його держава. Таким чином, ми можемо вважати, що один акт тягне за собою два збитки, які обоє будуть усунені шляхом дипломатичного захисту в рамках однієї процедури

Власне право держави. Подаючи позов у справі, пов'язаній з дипломатичним захистом, держава діє від свого імені, щоб захистити своє власне право, а саме право на те, щоб її громадяни отримували поведження, яке відповідає вимогам міжнародного права. Це твердження саме по собі підтверджує, що міжнародне право надає права особам, навіть не прямо. Ці індивідуальні права не можуть бути предметом прямого позову, поданого приватними особами відповідно до міжнародного права, оскільки лише держава походження позивача має право діяти для їх захисту. Як ми побачимо, існування таких прав все ж встановлено.

Умови здійснення дипломатичного захисту

Застосовне законодавство. Умови здійснення дипломатичного захисту в міжнародному праві не дуже конкретні або їх легко визначити. Однак ми повинні згадати їх тут, щоб зрозуміти, як дипломатичний захист допоміг досягти цілей захисту інвестицій. Комісія міжнародного права Організації Об'єднаних Націй вже досить давно працюють над дипломатичним захистом. Вони вперше розглянули можливість введення положень про це в свої статті про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння. Згодом дипломатичний захист розглядався ізольовано, і ООН прийняла проекти статей з цього питання в 2006 році

Дискреційні повноваження. Насамперед слід підкреслити, що здійснення дипломатичного захисту є дискреційним повноваженням держави. Вона ніколи не зобов'язана подавати претензії від імені своїх громадян, навіть коли про це просять. Тому зобов'язання іноземця не звертатися за дипломатичним захистом до своєї рідної держави жодним чином не буде обов'язковим для останньої. Це пояснюється тим, що право здійснювати дипломатичний захист належить лише державі, і жодна особа не може брати на себе пов'язані з ним зобов'язання. Як наслідок, держава ніколи не може бути зобов'язана здійснювати дипломатичний захист. Тим не менш, як ми побачимо далі, це є одним із головних недоліків цього механізму і може пояснити причини його занепаду в міжнародному економічному праві сьогодні.

Дипломатичний захист і громадянство. По-друге, здійснення дипломатичного захисту залежить від основної умови: вимоги громадянства. Дійсно, держава може діяти лише тоді, коли порушуються права її громадян. Єдиний зв'язок громадянства між державою та особою, який надає державі право на дипломатичний захист. Таким чином, здійснення дипломатичного захисту спирається на міжнародні правила щодо громадянства, які самі по собі є джерело багатьох питань. Тут слід підкреслити той факт, що міжнародне право вимагає ефективного національного зв'язку для того, щоб держава могла здійснювати дипломатичний захист. Це питання було порушено у згаданій

вище справі. Міжнародний суд приймає заяви про дипломатичний захист від держав щодо їхніх громадян лише тоді, коли зв'язок громадянства виявляється ефективним. Ця вимога щодо ефективності є досить важливою у випадках подвійного громадянства, оскільки в такій ситуації дві різні держави можуть мати право використовувати їх захист. Однак у більшості випадків лише одна національність виявляється ефективною.

Громадянство юридичних осіб. У міжнародному праві одне з найскладніших питань щодо норм національності пов'язане з юридичними особами. Ми розглянемо цю тему далі, коли будемо розглядати проблему національності інвесторів, але вже можна підкреслити, що закон, який регулює дипломатичний захист, є досить суворим у цьому питанні. Дійсно, згідно з рішенням у справі *Barcelona Traction*¹⁴, лише Держава, громадянином якої є суспільство, може здійснювати для нього дипломатичний захист. У цьому випадку Міжнародний суд дійсно відхилив можливість для держави, громадянином якої є акціонери, здійснювати дипломатичний захист, навіть якщо вони володіли більшістю акцій. 80 відсотків акцій *Barcelona Traction* справді належали бельгійським акціонерам, але Суд відмовився надати Бельгії будь-яке право здійснювати дипломатичний захист, оскільки сама компанія не була бельгійською. Таким чином, має значення лише національність компанії, а не національність основних акціонерів. Як зазначив Суд, лише компанія володіє «правами», тоді як акціонери мають лише «інтереси»: «Не просто зачеплений інтерес, а лише порушене право передбачає відповідальність, тому дія, спрямована проти та порушує лише права компанії, не передбачають відповідальності перед акціонерами, навіть якщо це зачіпає їхні інтереси». Однак у тій самій справі Суд визнав, що державні акціонери, які є громадянами, можуть здійснювати дипломатичний захист у двох випадках: по-перше, у випадках, коли суспільство перестане існувати; по-друге, коли держава, громадянином якої є компанія, не може діяти від її імені згідно з міжнародними правилами щодо національності юридичних осіб. Але цей другий виняток було обмежено у нещодавній справі *Ахмаду Садію Діалло*. Суд постановив, що держава не може здійснювати дипломатичний захист для акціонерів компанії, якщо ця компанія є громадянином держави, проти якої подано позов: цей захист «шляхом заміни» поки що? не визнається міжнародним правом. Такий суворий підхід можна поставити під сумнів, але насправді він виправданий тим фактом, що акціонери повинні розглядатися як інвестори, таким чином користуючись захистом, наданим тисячами договорів, які також пропонують їм право постати перед арбітражним судом. Тому звернення безпосередньо до арбітражу для них набагато цікавіше. Зважаючи на вищезазначене, роль дипломатичного захисту для захисту іноземних економічних інтересів неминуче стала менш важливою. Ось чому у справі *Діалло* вважав, що такий захист «тому представлятиме собою останній засіб для захисту іноземних інвестицій». Він буде доречним лише тоді, коли немає можливості звернутися до арбітражу, що є досить винятковою ситуацією.

Доктрина «Чистих рук». Для отримання дипломатичного захисту існують додаткові вимоги. По-перше, поведінка особи щодо держави перебування має бути належною. Зазвичай кажуть, що людина повинна мати «чисті руки», хоча точне значення цієї вимоги все ще досить неоднозначне. Людина не може отримати компенсацію за шкоду, яку вона зазнала, якщо ця шкода завдана самою собою, навіть якщо лише до певної міри. Це впливає з правил про причинно-наслідковий зв'язок і відповідальність, немає необхідності вдаватися до будь-якої іншої доктрини чи набору правил. З огляду на це, якщо поведінка інвестора не сприяла збитку, якого він чи вона нібито зазнав, важко визначити, чи слід брати до уваги цю поведінку, незалежно від того, чи вона не відповідає внутрішньому законодавству держави-відповідача або просто недоречно. Так само важко визначити, на якій стадії процесу його розглядати. Варто зазначити, що ООН не згадувала доктрину «чистих рук» у своїх проектах статей про дипломатичний захист. Таке упущення може змусити нас подумати, що ця доктрина не є вимогою згідно зі звичаєвим міжнародним правом.

Вичерпання національних засобів правового захисту. Позивач повинен обов'язково вичерпати всі внутрішні засоби правового захисту, перш ніж звернутися за дипломатичним захистом до своєї держави.¹⁹ Ця вимога впливає з того факту, що міжнародне право не бере до уваги внутрішню правову систему держави. Поведінка національного органу не вважається протиправною згідно з міжнародним правом, якщо інший орган цієї держави – судовий чи будь-який інший – може перевірити цю поведінку. Іншими словами, вичерпання внутрішніх засобів правового захисту є способом для держави вирішити будь-яку можливу протиправну поведінку та таким чином уникнути притягнення до відповідальності згідно з міжнародним правом. Це також спосіб продемонструвати, що порушення міжнародного права є реальним і його більше не можна вирішувати. У цьому відношенні, звичайно, позивач повинен вичерпати лише засоби правового захисту (тобто засоби правового захисту, до яких позивач може отримати доступ відповідно до національного законодавства). Дійсно, загально визнано, що якщо позов обов'язково буде відхилено або якщо національний суддя, швидше за все, дискримінує іноземців, таке вичерпання не може бути висунуто як умова для дипломатичного захисту.

Слабкі сторони дипломатичного захисту з метою захисту іноземних інвесторів

Неадекватність дипломатичного захисту. Раніше ми згадували основні причини, чому дипломатичний захист може бути неефективним механізмом захисту інвестицій. Дійсно, сама природа цього захисту може вплинути на його загальну ефективність. Існує також невідповідність між інститутом дипломатичного захисту та фактичним захистом, якого прагнуть іноземні інвестори. Тут можна виділити три основні недоліки.

Відсутність права на дипломатичний захист. По-перше, як зазначалося раніше, здійснення дипломатичного захисту є вибором держави і лише держави. Це пояснюється тим, що, здійснюючи дипломатичний захист, держава

діє на захист власного суб'єктивного права. Таким чином, він вільний діяти або утримуватися від цього для захисту цього права. Однак це передбачає постійну невизначеність особи щодо того, чи бажає держава, громадянином якої вона є, здійснювати цей захист. Держава може категорично відмовитися зробити це з будь-якої причини, будь то політична, дипломатична, ідеологічна чи будь-яка інша причина.

Модифікація диспуту. По-друге, здійснення дипломатичного захисту тягне за собою інтернаціоналізацію суперечки і, отже, зміну самої її природи. По-перше, спір виникає між особою та державою в рамках внутрішньої правової системи. Спір стає міждержавним, як тільки держава, громадянином якої є позивач, здійснює дипломатичний захист. Основним недоліком цього механізму є те, що особа, яка стала жертвою поведінки приймаючої держави, залишається осторонь і не може втрутитися у суперечку. Крім того, запитуюча держава отримує компенсацію, якщо така є, а не особа. Крім того, компенсація може бути призначена лише для усунення порушення права держави, а не права особи. Особа може не отримати жодної компенсації, особливо враховуючи той факт, що в міждержавних суперечках фінансова компенсація є досить незвичною.

Модифікація відшкодування. Зрештою, перехід від спору між особою та державою до спору між державами тягне за собою наслідки щодо виду відшкодування, яке може надати суддя. Дійсно, відшкодування у міждержавних суперечках, швидше за все, матиме символічний характер, ніж грошовий. Крім того, інвестор зазвичай домагатиметься фінансової компенсації, а не дипломатичного символічного відшкодування, такого як виправдання чи гарантії неповторення. У двох словах, дипломатичний захист не дозволить інвестору отримати той тип відшкодування, який він хоче. Це, ймовірно, одна з головних причин, чому дипломатичний захист не довів ефективного захисту іноземних інвестицій – тому було запроваджено іншу систему.

Стійкість дипломатичного захисту. Незважаючи на недоліки, які ми щойно описали, дипломатичний захист не зник повністю з міжнародного інвестиційного права. Дійсно, деякі старі справи, пов'язані з дипломатичним захистом, все ще мають значну цінність як прецеденти сьогодні. Це пов'язано з тим, що в 19 столітті велика кількість справ була пов'язана з іноземними інвестиціями. Дійсно, багато з цих справ були спрямовані на забезпечення дипломатичного захисту іноземних економічних агентів. Таким чином, ці прецеденти, безсумнівно, актуальні для ситуацій, з якими ми маємо справу сьогодні. Крім того, нещодавно дипломатичний захист знову набув важливості у випадку, пов'язаному з кубинськими та італійськими інвесторами.²² Юридичною підставою для позову був двосторонній інвестиційний договір, який показує, що такі договори не відмовляються від права держав здійснювати свій дипломатичний захист.

Про змішані комісії та захист суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності

Потреба в додатковому захисті. Коли справа доходить до створення бізнесу за кордоном, історія показала, що люди зазвичай не випробовують щастя самотійно. Ось чому ми зазвичай знаходимо кількох інвесторів однієї національності в одній країні одночасно. Це явище частково походить від колоніальної історії. Дійсно, багато суб'єктів господарювання з колишньої колоніальної держави оселилися б у новій незалежній державі, щоб взяти участь у розвитку нового суспільства. З цієї причини будь-який державний переворот або радикальна політична зміна, що впливає на економічні права, які іноземці отримали в цій державі, ймовірно, вплине на десятки чи сотні осіб, які походять з тієї самої країни. У такій ситуації набагато зручніше створити суд ad hoc, який би розглядав позови, подані всіма громадянами однієї країни, аніж дозволяти накопичувати окремі позови в різних судах. Саме тому держави створювали змішані комісії, які неминуче брали участь у розробці міжнародних правил захисту іноземців. Тому можна сміливо сказати, що ці змішані комісії значною мірою сприяли появі сучасних арбітражних судів.

Виникнення та розвиток змішаних комісій

Поява перших комісій. Перші змішані комісії були засновані Джейськими договорами, підписаними в 1794 році між Сполученими Штатами та Великою Британією, що доводить, що ця концепція не є абсолютно новою. Метою цих нейтральних змішаних комісій було розглядати значну кількість претензій, які виникли в результаті процесу здобуття США незалежності наприкінці XVIII століття. Склад комісій досить простий: кожна комісія складається з однакової кількості комісарів від кожної з держав, які беруть участь у суперечці. Також призначається суддя, який керуватиме у випадку рівного голосування. Це, безсумнівно, перша спроба інституціоналізації міжнародного судового процесу, який потім повноцінно розвинеться у другій половині 20 століття.

Комісії з договорів Джея. Перший із Джейських договорів був підписаний 19 листопада 1794 року. Він створив три комісії для врегулювання кількох суперечок, що виникли між США та Великою Британією. Перша комісія мало цікавить тут, оскільки вона охоплювала виключно міждержавні справи. питання кордону. Однак друга і третя комісії можуть мати відношення до інвестиційного права. Другий справді був створений спеціально для розгляду справ, пов'язаних із грошовими сумами, які американські громадяни заборгували британським громадянам. Третій стосувався надання компенсації після вилучення товарів і суден, що належали американським і британським громадянам. Таким чином, ми можемо підкреслити, що Комісія, яка в основному вважається першим міжнародним «судом», розглядала, принаймні частково, позови, що стосуються індивідуальних прав.

Функціонування змішаних комісій. Після Джейських угод використання Змішаної комісії стало дедалі поширенішим. Іноземні громадяни, які мали високий моральний авторитет, часто призначалися на роль суддів і майже діяли як одноосібні арбітри. Ця тенденція надавати більші повноваження арбітрам підтверджується тим фактом, що комісії зазвичай відігравали менш важливу

роль у процесі. Дійсно, комісари в основному діяли як учасники переговорів, захищаючи інтереси своєї держави та намагаючись досягти загальноприйнятої угоди. Проте, якщо вони цього не зроблять, суддя буде керувати одноосібно. Будучи єдиним членом Комісії, призначеним «арбітром», арбітр був єдиним, хто діяв як судовий орган, враховуючи, що він був єдиним, хто вирішував на основі закону, будучи єдиним, хто мав нейтральну позицію. підхід до сторін. Таким чином, змішані комісії можна розглядати як попередників арбітражних судів, хоча ці два методи врегулювання суперечок досить різні. Не кажучи вже про той факт, що загалом рішення, запропоноване Комісією, мало б бути прийняте через угоду, досягнуту між двома сперечаючимися державами. Ось чому Комісія не може вважатися судовим органом, який виносить обов'язкові рішення. Цей процес справді був більше схожий на медіацію, але виявився досить ефективним.

Розвиток змішаних комісій до 20 століття. Після 1794 року було створено декілька змішаних комісій із різним терміном дії, особливо в другій половині 19 століття. Кілька прикладів варто згадати. Одна з цих комісій була створена між США та Мексикою за договором, підписаним у 1839 році. Вона була створена для розгляду претензій, поданих громадянами США проти мексиканського уряду щодо заходів щодо конфіскації та експропріації, яких останній вжив щодо власності цих громадян.²⁴ Комісія складалася з чотирьох уповноважених по двоє громадян кожного штату і судді, який спочатку був пруським імператором, але з часом делегував свою місію своєму послу у Вашингтоні, округ Колумбія. Не претендуючи на вичерпність, ми можемо також згадати Комісію, створену між Франції та Венесуели, яка складалася з двох уповноважених і королеви Нідерландів, яка діяла як суддя,²⁵ комісії, створеної між Німеччиною та Венесуелою, в якій суддя мав бути призначений президентом США,²⁶ або комісії, створеної між Італією та Венесуелою. Венесуела має вирішувати питання щодо поведження з італійськими громадянами венесуельською владою.²⁷ Змішані комісії мають п Це було необхідно навіть у 20-му столітті, особливо в контексті мексиканської революції, яка відбулася між 1910 і 1920 роками і призвела до порушення прав і власності, що належала західним громадянам, які проживали в Мексиці. Наприклад, Франція²⁸ та Великобританія²⁹, зокрема, домовилися про створення таких комісій у 1920-х роках, щоб розглядати претензії, подані їхніми громадянами.

Еволюція змішаних комісій після 1945 року. Зміни, що відбулися з Другою світовою війною, не вплинули на розвиток змішаних комісій, навіть якщо вони, природно, стали менш актуальними з появою постійних механізмів вирішення спорів. Можна згадати, наприклад, Комісію, засновану США та Австрією для розгляду позовів щодо облігацій, що належать громадянам США, випущених у доларах США в Австрії. Зрештою, протягом 19-го століття було створено десятки змішаних комісій серед яких тут згадано лише деякі. Вони неминуче

залишили слід, який все ще помітний у механізмах вирішення суперечок, які існують сьогодні.

Спадщина Змішаних комісій

Актуальність цієї спадщини. Протягом двох століть змішані комісії сприяли виникненню широкого спектру правил і принципів як щодо процедурних питань, так і з питань суті. Справді, їхньою метою було заслухати індивідуальні претензії, подані державою позивачів, щодо поводження з ними на території іноземної держави. Тому Комісія неминуче мала справу із захистом іноземців і, таким чином, сприяла створенню міжнародних правил у цій сфері. Тоді Комісії не лише застосовували правила захисту іноземців, але й брали участь у їх розробці та допомагали адаптувати їх до соціальних змін. Таким чином, ми можемо сказати, що змішані комісії зробили внесок у створення основи сучасного міжнародного інвестиційного права, навіть якщо більшість часу їхні рішення приймалися в конкретних контекстах. Тим не менш, різні набори правил вкорінені в прецедентному праві цих змішаних комісій і можуть бути ідентифіковані як такі.

Правила компенсації. Третя комісія Джейського договору була створена для компенсації громадянам Великої Британії та США збитків, які вони зазнали під час війни за незалежність США. Він заслухав 536 справ і виніс рішення щодо фінансової компенсації на основі угоди про компенсацію, яка була досягнута між державами, які беруть участь у суперечці. Ми бачимо, що ці комісії вже використовували певні базові принципи, якими досі керуються суди при ухваленні рішень. Деякі з цих принципів: зобов'язання держави надати належну компенсацію за завдані збитки; надання фінансової компенсації, коли реституція неможлива; компенсація у валюті, яка може бути негайно використана бенефіціаром (у такому випадку компенсація буде в доларах США або в британських фунтах стерлінгів, залежно від громадянства позивача). Нині ці принципи є беззаперечними і складають основу міжнародних правил відшкодування. Тому варто зазначити, що вони вже застосовувалися ще наприкінці XVIII століття.

Захист осіб. Інші більш конкретні правила, що впливають із прецедентного права Змішаних комісій, все ще часто застосовуються сьогодні. Наприклад, у кількох випадках комісії визнали свавільні арешти та/або затримання такими, що суперечать міжнародному праву. Таким чином вони брали участь у появі принципів і правил захисту індивідів у той час, коли саме існування таких правил було ще досить невизначеним. Наприклад, ось чому затримання іноземця без будь-якої правової підстави у національному законодавстві протягом тривалого часу вважалося міжнародно-протиправним діянням.³² Також давно встановлено, що якщо власність іноземця постраждала від громадянських заворушень, приймаюча сторона Держава відповідала б за це, навіть якщо вона безпосередньо не спричинила шкоди.³³ Обидва правила були встановлені досить рано Змішаними комісіями.

Поява мінімального стандарту лікування. У більш загальному плані внесок Змішаних комісій у сучасне інвестиційне законодавство подвійний. По-перше, з істотної точки зору, вони чітко сприяли визначенню змісту, принаймні в широкому вираженні, мінімального стандарту поведінки з іноземцями, якого вимагає загальне міжнародне право – яке включає, зокрема, зобов'язання поважати фізичну цілісність особи, повага до власності та заборона відмови у правосудді. Ці стандарти повністю дотримуються сьогодні. Що стосується процедурного – і другого – аспекту, Комісії, безумовно, ввели ідею, що приватна особа не лише має права в міжнародному праві – цю ідею, як ми знаємо, можна простежити до Гроція та навіть до більш ранніх часів – але що вона також повинна мати можливість скористатися механізмами, які дозволяють їй відстоювати ці права. У своїй практиці змішані комісії рішуче підтримували імплементацію індивідуальних скарг у міжнародне право. Згодом такі скарги почастишали до регіональних судів у сфері прав людини, а також до арбітражних судів, які виносили рішення на основі договорів про захист інвестицій.

Розвиток арбітражу

Несудовий характер змішаних комісій. Можна сказати, що арбітраж є судовим розширенням Змішаних комісій та їх практики. Дійсно, Комісії не повністю виконали місію судової установи з трьох причин. По-перше, переговорах між уповноваженими надавалося велике значення, таким чином, що комісії можна було порівняти з органами примирення чи посередництва, а не з власне судовими органами. По-друге, рішення, прийняте Комісією, як правило, має бути схвалено угодою між двома державами, щоб набути обов'язкової сили, що робить його схожим на врегулювання шляхом переговорів. Нарешті, комісари призначаються діяти в інтересах своєї держави, тоді як суддя діє незалежно, навіть якщо він є громадянином держави-учасниці спору. Таким чином, змішані комісії були далеко не незалежною третьою стороною, яка приймає рішення, якою має бути судова установа.

Звернення до арбітражу

Необхідність арбітражу. Змішані комісії та арбітражні суди багато в чому відрізняються. Змішані комісії були створені, щоб впоратися з напливом заяв, що стосуються однієї ситуації. Таким чином, їхньою метою було централізувати запити для встановлення узгодженого та систематичного механізму обробки. З іншого боку, арбітражний суд, як правило, має лише одну місію: вирішити спір в одній справі, навіть якщо заявників може бути декілька. Таким чином, арбітражний суд не має постійного існування: він за своєю природою і зникає, як тільки справу, яку він розглядав, буде врегульовано. Це пояснює, чому арбітраж розвивався одночасно зі змішаними комісіями, а не послідовно.

Довготривале існування арбітражу. Арбітраж використовувався для вирішення міждержавних конфліктів, таких як прикордонні суперечки³⁶ або питання щодо обміну товарами. Однак у багатьох випадках також стосувалися

індивідуальних прав іноземців. Таким чином, арбітражні суди, так само як і змішані комісії, повинні були вирішувати питання компенсації, коли особисті права іноземців були порушені державою. Першою спостережуваною тенденцією було доручення завдання арбітражу главі іноземної держави. Однак глава держави не обов'язково має юридичну освіту, тому його рішення можуть бути чимось приголомшливими. Можна згадати, як ілюстрацію, нагороду, видану в 1852 році Луї Наполеоном, тодішнім президентом Французької Республіки, щодо суперечки між Португалією та США щодо компенсації, яку португальський уряд виплачує певним американським громадянам.

Це важко, читаючи арбітражне рішення, щоб побачити, на якій правовій основі воно ґрунтується: здається, воно ґрунтується на особистих відчуттях арбітра, а не на реальних правових аргументах.

Професіоналізація арбітражу.

Щоб впоратися зі зростаючими труднощами деяких справ, глави держав, які виступають як арбітри, взяли звичку доручати винесення рішення більш кваліфікованим людям, які були юристами або експертами з предмета спору. Таким чином, арбітр формально залишався автором арбітражного рішення, що було важливим для того, щоб рішення мало моральний авторитет, водночас фактично покладаючись на обґрунтовані думки для прийняття рішення, яке було юридично обґрунтованим і могло ефективно покласти край суперечці.

Еволюція арбітражу. Сьогодні прохання до глави держави виступити як арбітр стало надзвичайно рідкісним (тоді як він все ще часто виступає як посередник або мировий суддя). Це не означає, що арбітражні рішення більше не виносяться лише однією особою: вони все ще є, але сьогодні арбітр призначається на основі його правового досвіду, а не того, що він представляє. Ми можемо згадати звуження його до однієї справи, яка є особливо актуальною для інвестиційного права – арбітраж, виданий професором Рене-Жаном Дюпюї у справі Техасо, до якого ми повернемося пізніше. Професор Дюпюї був призначений арбітром за його чудову репутацію юриста з міжнародного права. Ось головна причина існування арбітражу: сторони хочуть передати свою справу комусь, хто має технічну можливість адекватно її розглянути.³⁸

Зростаючий успіх арбітражу. Зважаючи на відсутність центральної влади в міжнародних відносинах, арбітраж швидко став найбільш часто використовуваним способом вирішення спорів протягом 19-го та початку 20-го століть. Дійсно зрозуміло, що за відсутності будь-яких постійних або обов'язкових повноважень для врегулювання суперечок держави воліли вдаватися до арбітражу, у якому вони могли як призначати арбітрів, так і вирішувати застосовні правила.

Еволюція арбітражу

Інституалізація. З самого початку 20-го століття з'явилося кілька масштабних ініціатив для структурування сучасних міжнародних відносин. Деякі з них були спрямовані на створення постійних систем вирішення спорів і співпраці через універсальні організації. Ліга Націй була першою спробою, яка

зрештою провалилася, але була далеко не марною. Можна очікувати, що арбітраж буде слідувати подібній тенденції, шляхом інституціоналізації, не втрачаючи свого спонтанного та гнучкого характеру.

Постійний третейський суд

Встановлення. У контексті цієї тенденції до інституціоналізації переважаючою моделлю був арбітражний суд, що складається з непарної кількості арбітрів і працює повністю як суд, особливо щодо незалежності по відношенню до сторін. Створення Постійного третейського суду (РСА) у 1899 році ілюструє цю тенденцію. Суд було створено як міжнародну організацію Конвенцією з мирного врегулювання міжнародних спорів під час першої мирної конференції, що відбулася в Гаазі, де Суд має своє місце з того часу. Засновницька Конвенція була переглянута в 1907 році під час Другої Мирної конференції. РСА не є судом, строго кажучи, оскільки він складається з Адміністративної ради, Секретаріату та ряду арбітрів, які можуть залучатися до складу арбітражних судів. Таким чином, РСА діє як міжнародний адміністративний орган, який дозволяє сторонам, які сперечаються, передавати свій спір на розгляд арбітражу, уникаючи необхідності визначати правила арбітражу, вибирати місце розташування тощо. Таким чином, це орган, який сприяє використанню арбітражу, ніж повноцінний судовий орган. Цікаво, що цей засіб правового захисту відкритий як для держав, так і для приватних осіб.

Призначення арбітрів. Так звані «члени Суду» насправді є потенційними арбітрами, які засідають як такі, лише якщо їх призначать. Кожна держава-член може призначити до чотирьох арбітрів строком на шість років. У разі суперечки сторони можуть обрати серед цих членів тих, кому вони хочуть передати свою справу. У 2001 році, були прийняті Факультативні правила для арбітражного розгляду спорів щодо природних ресурсів та/або навколишнього середовища. Вони включають перелік арбітрів, які спеціалізуються в цій галузі, яких можна залучати для врегулювання суперечок, пов'язаних із екологічними або природними питаннями ресурсів. Це важлива реформа, оскільки екологічні питання займають значне місце в міжнародних суперечках. Таким чином, УПС продовжує відігравати центральну роль у майбутньому міжнародного інвестиційного права.

Важливість УПС. РСА швидко зарекомендував себе як ключовий судовий орган, особливо завдяки винесенню певних рішень, які все ще мають велике значення сьогодні. Наприклад, це був арбітражний суд РСА, який розглядав справу норвезьких судновласників, у якій норвезька судноплавна компанія подала позов про компенсацію після ревізії деяких її кораблів урядом США під час Першої світової війни.⁴² Сьогодні, суди все ще вважають це рішення знаковою справою у сфері захисту іноземної власності, галузі, яка має першочергове значення в інвестиційному праві.

Інституційний розвиток арбітражу з 1945 року

Створення ICSID. Як і в багатьох інших галузях міжнародного права, найважливіші зміни відбулися після 1945 року. Зокрема, Вашингтонською

конвенцією 1965 року⁴⁴ було створено Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів (ICSID) для вирішення суперечок між іноземними інвесторами та державами щодо на основі державних контрактів, перш ніж відмовитися від цього типу контрактів і затвердити себе як головну судову установу в цій сфері. Подробиці щодо роботи Центру будуть розглянуті нижче, у Частині С. Але на даний момент ми Можна сказати, що створення ICSID характеризувалося тонким поєднанням сміливості та безперервності.

Безперервність еволюції. Поява ICSID спирається на певну інституційну наступність. Дійсно, створення державами наднаціонального органу для вирішення спорів не є чимось новим. Конвенція ICSID є частиною загальної тенденції до інституціоналізації, яка почалася в 19 столітті, як ми бачили вище, зокрема із створенням УПС.

Зухвалість. Основне нововведення Вашингтонської конвенції закладено в її статті 36 яка передбачає, що запит про арбітраж може бути адресований Секретаріату не лише державою-учасницею, а й одним із її громадян. Отже, Конвенція надає приватним особам доступ до міжнародної судової установи на систематичній основі. Ситуація, яка раніше була винятковою, крім того, що була дуже рідкісною на практиці, таким чином стала принципом у контексті ICSID. У цьому відношенні це фундаментальна еволюція, яка зробить крок далі на початку 1990-х років.

Інші правила арбітражу. Навіть якщо ICSID став найважливішою інституцією за кількістю справ, він не єдиний, який дозволяє приватним особам звертатися до арбітражного суду проти держави. Наприклад, Арбітражний регламент Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL), прийнятий у 1976 році та переглянутий у 2010 та 2012 роках, забезпечує основу для багатьох транснаціональних арбітражів, у тому числі в контексті Північноамериканської угоди про вільну торгівлю (NAFTA), яка прямо посилається на ці правила.⁴⁹ Правила ЮНСІТРАЛ не включають списку арбітрів або місць, але вони, очевидно, полегшують звернення до арбітражу для врегулювання спорів, особливо в питаннях інвестування.

Інші арбітражні установи. Окрім PCA та ICSID, існує кілька інших установ, які займаються арбітражними розглядами. Існує Арбітражна палата при Міжнародній торговій палаті в Парижі (ICC), Лондонський міжнародний арбітражний суд у Лондоні (LCIA) та Арбітражний інститут Стокгольмської торгової палати (SCC). Ці три установи, до яких ми повернемося в третій частині цієї книги, беруть активну участь у розвитку прецедентного права. Вони також є частиною тенденції, започаткованої ICSID, інституцією, яка сама ілюструє еволюцію, яка на кілька сотень років старша за міжнародне право.

Безперервність. З цього короткого огляду ми можемо чітко побачити, що сама ідея захисту іноземців та їх власності не нова. Потреба у створенні інституцій для захисту цих прав також існує давно, і кілька з них були створені з початку 20 століття. Таким чином, сучасне інвестиційне право не народилося ex-nihilo і природно є частиною історичної спадкоємності.

ПОЯВА ДЕРЖАВНИХ ДОГОВОРУ

Історичний контекст. У контексті промислової революції багато людей прагнули розвивати економічну діяльність в іноземних державах, де правова система та уряд не завжди були дуже стабільними. Вони могли отримати користь від гарантій, наданих арбітражем або змішаними комісіями, але ці гарантії мали два головних недоліки: по-перше, створення цих органів або систем врегулювання залежало насамперед від держав. Тому ніколи не було гарантій, що такі установи будуть створені. По-друге, ці методи розрахунків завжди використовувалися апостериорно. Таким чином, вони навряд чи матимуть якийсь стримуючий ефект щодо ставлення до іноземних операторів. Ось чому інвестори, які ще не були кваліфіковані як такі, почали підписувати контракти з державами, у яких вони поступово вводили положення про врегулювання суперечок, щоб передбачити можливість звернення до арбітражу. Це забезпечувало їм можливість у разі виникнення труднощів отримати захист від наддержавного органу. Тим часом ці положення були також способом заохотити держави бути обережними, знаючи, що у разі неналежної поведінки проти них може бути подано позов до незалежного органу.

Виникнення та розвиток державних контрактів

Перший захід. Державні контракти — це угоди, підписані між державою та іноземною приватною особою, до яких застосовується міжнародне право. Їхня поява є результатом еволюції, яку ми повинні згадати, щоб зрозуміти, чому ці контракти відіграли таку фундаментальну роль. Це також допоможе нам зрозуміти, як відносини між іноземними інвесторами та державами поступово підкоряються міжнародному праву.

Наявність контрактів між іноземними приватними особами та державами

Багаторічна практика. У контракті між державою та іноземною приватною особою немає нічого нового чи новаторського. Такі контракти вже були досить поширеними у 19 столітті з очевидних практичних причин: коли мова йде про експлуатацію шахти чи виконання громадських робіт приватною особою, необхідність у контракті є цілком очевидною для роз'яснення прав і зобов'язання обох сторін, незалежно від громадянства цієї приватної особи. Це тим більше актуально, що перші інвестиційні операції, як правило, стосувалися питань, що вимагали використання такого типу інструментів. У той час було досить часто доручати іноземним компаніям будівництво великих інфраструктур, необхідних для будівництва сучасної держави: залізниць, станцій, доріг, мостів, каналів чи тунелів тощо, або розробку природних ресурсів. У всіх цих випадках іноземний оператор є лише постачальником для держави в контексті класичних економічних відносин. Отже, договір є простою і зрозумілою необхідністю. Маючи це на увазі, легко зрозуміти, яку ключову роль відіграли делегування та поступки у виникненні державних контрактів.

Застосування національного законодавства до державних контрактів.

Спочатку на такі контракти поширювалося внутрішнє законодавство приймаючої держави, і в результаті суперечки передавалися до національних

судів. Це рішення, тим не менш, тягне за собою ряд ризиків, особливо щодо правової нестабільності приймаючої держави та недостатньої неупередженості деяких національних суддів. Така ситуація, однак, не перешкоджає зверненню до арбітражу: є деякі приклади, правда, рідкісні, компромісних угод, підписаних між державами та приватними компаніями, які встановлюють арбітражну систему на основі контракту, підписаного між двома сторонами. Це було, наприклад, у випадку нагороди, виданої Наполеоном III (який у той час був імператором) у суперечці між Універсальною компанією Суецького каналу та віце-королем Єгипту. Конфлікт виник через поправку, внесену урядом до положення, якому підлягало іноземне підприємство, на основі арбітражної угоди, підписаної сторонами після виникнення спору.⁵¹

Байдужість до питання чинного законодавства. Цей випадок показує нам, що існують давні приклади контрактів, підписаних між приватною особою та державою, громадянином якої вона не є, на основі яких було створено арбітраж. Однак цей тип угоди ще не є справжнім державним контрактом, оскільки на даному етапі залишається невирішеним ключове питання застосовного права. У справі *Universal Company of the Suez Canal* арбітр навіть не розглядав це питання, а замість цього застосував правила невідомого походження. Крім того, ця невизначеність підтверджує необхідність звертатися до професійних юристів при розгляді таких справ.

Узагальнення арбітражу. У будь-якому випадку приватні особи мали дуже обмежений доступ до арбітражу, за винятком випадків, коли це прямо передбачено відповідним договором. Тому суб'єкти господарювання почали вводити арбітражні застереження в контракти, які вони підписували з іноземними державами. Спочатку такі положення були рідкісними, але коли їх почали вводити все частіше, вони стали систематичними. Таким чином право на звернення до арбітражу поступово визнавалося за приватними особами в кожному конкретному випадку, принаймні, коли вони підписали договір з іноземною державою.⁵² Однак у багатьох випадках питання визначення застосовного права залишився нерозгаданим.

Застосування міжнародного права та виникнення державних контрактів

Питання визначення застосовного права

Правова проблема. Звернення до арбітражу для вирішення суперечок між державами та іноземними громадянами, безумовно, посилює захист приватних інвесторів, але цього недостатньо для захисту їх від будь-якої сваволі. Дійсно, одним із ключових аспектів питання також є питання застосовного права. Візьмемо приклад нейтрального та неупередженого органу влади, який, однак, зобов'язаний забезпечувати дотримання погано складених, незрозумілих або довільних норм: захист, який забезпечує такий орган влади, був би неефективним. Ось чому в багатьох випадках найкраще уникати вдавання до національного законодавства. Особливо, коли національне законодавство приймаючої держави недостатньо розвинене щодо предмета спорів, оскільки воно залишає арбітрам право вирішувати справу без можливості покладатися на

конкретні норми, що в кінцевому підсумку змушує їх приймати рішення відповідно до їхнього виключно суб'єктивного судження. , що далеко не гарантує реальної безпеки інвестицій. Крім того, внутрішнє законодавство приймаючої держави залишається повністю під контролем її уряду, який може в будь-який момент прийняти рішення про внесення до нього змін у спосіб, який може бути не вигідним для інвестора, і без надання останньому будь-якої форми компенсації.

Контракти та національне право. Вищезазначена складність була ще більше посилена відомим принципом, згідно з яким «будь-який договір, який не є договором між державами як суб'єктами міжнародного права, ґрунтується на муніципальному праві певної країни». Це означає, що договір , такий як той, про який ми згадували досі, може підпадати під дію національного законодавства відповідно до правил передачі, які існують у міжнародному приватному праві. Французький касаційний суд сам посилався на цю концепцію у справі *Messageries Maritimes*, заявляючи, що «кожний міжнародний договір обов'язково пов'язаний із законодавством держави». Ця ситуація сама по собі не є суперечливою, і можна навіть зробити висновок. що внутрішнє законодавство держави, громадянином якої є інвестор, повинно в будь-якому випадку застосовуватися до всіх контрактів, підписаних державою та іноземним інвестором.

Міжнародне приватне право. Однак контракти підпорядковуються перш за все закону, який сторони вирішують застосувати, або, за відсутності будь-якого вибору, закону, з яким договір більш тісно пов'язаний. Тим не менш, обидва випадки пов'язані зі значними труднощами: згідно з правилами зв'язувальних факторів, держава, з якою контракт має найтісніше зв'язок, є державою, де відбувається операція. Іншими словами, застосовуватиметься законодавство приймаючої держави, тобто того, від якого іноземний інвестор намагається втекти з причин, згаданих вище. Що стосується волі сторін, інвестор, швидше за все, піддасться спокусі вибрати право держави, громадянином якої він є. Але ще ймовірніше, що приймаюча держава буде заперечувати проти цього рішення, особливо тому, що вона сама не підтримує жодних відносин з іншою державою, їхній єдиний існуючий юридичний зв'язок здійснюється через громадянина цієї держави. Крім того, держава навряд чи погодиться з тим, що контракт, який виконується на її території, підпадає під дію законодавства іншої держави. Таким чином, рішення можна знайти лише у застосуванні закону, який є нейтральним по відношенню до обох сторін. Природно, можна подумати про внутрішнє законодавство третьої держави, і це рішення може бути прийнято, але це також може викликати практичні труднощі, оскільки обрані арбітри часто і цілком зрозуміло неправильно розумітимуть це право. Таким чином, залишається невеликий вибір, оскільки залишається лише один набір правил з найвищим ступенем нейтралітету з цієї точки зору, однаково доступний для всіх арбітрів усіх національностей: міжнародне право. Ось як міжнародне право поступово утвердилося як набір правил, що регулюють

контракти між інвестором і державою, що призвело до появи «державних контрактів».

Інтернаціоналізація державних контрактів через договірну практику

Методи. Сторони – це перш за все ті, хто контролює те, що викладено в контракті, і хто має можливість визначати, який закон застосовується до нього чи буде застосований у разі судового розгляду, що виникає внаслідок його виконання. У договірній практиці для інтернаціоналізації відносин, що впливають з угоди, використовувалися в основному два методи: один був прямим, а інший - непрямим, але, незважаючи на це, настільки ж ефективний.

Пряма інтернаціоналізація: воля сторін

Свобода сторін. Насамперед слід нагадати, що договірна свобода передбачає майже повну свободу сторін щодо великої кількості питань, перш за все це стосується чинного права. Таким чином, вони мають можливість вибрати міжнародне право, щоб досягти більшого нейтралітету і таким чином захистити свої правові відносини. Інтерес такого вибору є подвійним: для приватної сторони це означає відсутність підпорядкування законодавству приймаючої держави і, таким чином, нейтралізацію «політичного ризику», через який вона наражатиметься на добру волю органи місцевого самоврядування. Для приймаючої держави це означає, що буде застосований нейтральний набір правил, у тому сенсі, що це не буде законодавство жодної іншої держави. Дійсно, оскільки міжнародне право є міждержавним правом, приймаюча держава обов'язково брала участь у його створенні, діючи як держава. Можна справді згадати, що «правові норми, які є обов'язковими для держав, таким чином, впливають з їхньої власної вільної волі, вираженої в конвенціях або звичаях, загальноприйнятих як вираження принципів права». Ось чому ми можемо з упевненістю сказати, що приймаюча держава прийняла норми, викладені в міжнародному праві, навіть якщо це було зроблено опосередковано. Тому підпорядкування контракту, підписаного між цією державою та іноземним інвестором, міжнародному праву виглядає цілком прийнятним.

Ілюстрація: ICSID. Сторони користуються повною свободою при визначенні того, яке право застосовне до договору. Це найкраще проілюстровано в контексті ICSID, який був заснований Вашингтонською конвенцією та спочатку мав на меті запропонувати систему арбітражу на основі державних контрактів. Відоме положення статті 42 цієї Конвенції передбачає, що «Трибунал вирішує спір згідно з такими нормами права, які можуть бути погоджені сторонами.» Далі це положення згадує альтернативні рішення для покриття відсутності вибір сторін. Таким чином, свобода сторін виступає тут як основний принцип, особливо тому, що в арбітражі суд залишається головним чином залежним від того, що було погоджено сторонами.

Застосування міжнародного права. Коли сторони роблять вибір, вони зазвичай віддають важливу роль міжнародному праву. Проте міжнародне право зазвичай вибирається разом із правом приймаючої держави. Посилання лише на

міжнародне право на практиці виглядає досить рідко. Однак у таких випадках арбітражні суди, як правило, застосовують національне право лише за умови його відповідності міжнародному праву, що в кінцевому підсумку означає застосування останнього.⁵⁶ Навіть якщо способи формулювання міжнародного права та національного права відрізняються, вони в кінцевому підсумку призводять до той самий результат, який полягає в підпорядкуванні відносин інвестор-держава якщо не «чистому» міжнародному праву, то принаймні національному набору правил, який відповідає міжнародному праву. Стабільність відносин між інвестором і державою в будь-якому випадку досягається незалежно від того, чи застосовано до контракту безпосередньо міжнародне право, оскільки повноваження приймаючої держави в обох випадках нейтралізуються.

Міжнародне право в Конвенції ICSID. Якщо сторони не можуть вибрати, який набір правил застосовуватиметься до контракту, Конвенція ICSID передбачає подібне рішення. Її стаття 42 передбачає, що трибунал забезпечує виконання законодавства приймаючої держави «і таких норм міжнародного права, які можуть бути застосовані». Ми ще повернемося до точного значення цього формулювання, але наразі можемо підкреслити той факт, що міжнародне право задіяне навіть у стандартному рішенні, запропонованому Конвенцією. Різновидом того самого варіанту є можливість для сторін застосовувати аспекти національного права, які відповідають міжнародному праву. Такий випадок дозволяє формально зберегти застосування національних норм, тоді як за своєю суттю стандарти, які забезпечують виконання арбітрів, належать до стандартів міжнародного права. Це рішення все ще викликає проблеми, як видно з нагород, виданих проти Лівії після того, як полковник Каддафі прийшов до влади та націоналізував усі іноземні нафтові компанії. Немає сумніву, що ці три нагороди значною мірою сприяли інтернаціоналізації державних контрактів.

Внутрішнє право та інтернаціоналізація. Однак, незважаючи на всі можливості, згадані вище, сторони завжди можуть вибрати застосування національного законодавства держави перебування. Певні національні системи забезпечують усі гарантії стабільності та неупередженості, на які може розраховувати іноземний інвестор. У такому випадку арбітражний суд не матиме іншого вибору, як застосувати внутрішнє законодавство приймаючої держави. Однак за будь-яких інших обставин міжнародне право так чи інакше залишається застосовним. Крім того, більшість національних систем включають стандарти міжнародного права в національний набір правил, які застосовуються на їхній території. Тому, коли сторони вирішують застосувати національне законодавство до свого контракту, стандарти міжнародного права все одно застосовуються. Так договірна свобода призвела до появи нового типу договору, підпорядкованого міжнародному праву (нехай частково). Сьогодні ці угоди називають державними контрактами.

Непряма інтернаціоналізація: положення про стабілізацію або рівновагу

Положення та застосовне законодавство. Договірні сторони можуть не вибрати право, яке вони бажають застосувати у випадку спору. У такому випадку зазвичай застосовується законодавство приймаючої держави, але зазвичай з певними межами. Договірні сторони справді почали запроваджувати положення, спрямовані на «заморожування» законодавства приймаючої держави, таким чином перетворюючи звичайний контракт на державний контракт. У двох словах, існує два типи таких пунктів.

Стабілізаційні положення. Застереження про стабілізацію є положенням, яке призводить до «заморожування» чинного національного законодавства приймаючої держави. Він передбачає, що внутрішнє законодавство приймаючої держави застосовуватиметься в тому вигляді, в якому воно діяло на момент укладення договірних зобов'язань. Цей час зазвичай є датою набуття угодою чинності. Таким чином, це виключає застосування будь-яких подальших змін, внесених до відповідного національного законодавства. Таким чином, метою положення є захист контракту шляхом заборони державі змінювати застосовне національне законодавство. У цьому відношенні є серйозною гарантією для іноземного інвестора.

Речення рівноваги. Застереження про рівновагу є менш вимогливим до приймаючої держави. Дійсно, остання все ще має право змінювати власне законодавство, але ці зміни не застосовуються до контракту. Застереження також передбачає, що якщо такі зміни впливають на рівновагу контракту, інша сторона має право на компенсацію. У рамках договору інтерес таких застережень подвійний: вони дозволяють державі зберегти свою загальну нормативну владу, водночас захищаючи іноземного інвестора від наслідків здійснення цієї влади.

Зв'язок між реченнями. На практиці відмінність між цими двома пунктами не завжди чітка. Деякі положення також можна кваліфікувати як «змішані положення», оскільки вони поєднують обидва аспекти, про які ми згадували раніше. У будь-якому випадку ці різні положення являють собою цікавий компроміс між застосуванням національного законодавства приймаючої держави та захистом іноземний інвестор. Тим не менш, шлях, у який такі положення брали участь в інтернаціоналізації контрактів, у яких вони були введені, ще належить повністю пояснити. Доктринальні суперечки. Виникла важлива та особливо стимулююча дискусія щодо природи цих положень, їх дійсності та наслідків. Питання полягає у визначенні ступеня, до якого держава може взяти на себе таке зобов'язання, і якщо так, то яке його точне юридичне значення може мати бути. Дві істотні причини можуть справді поставити під сумнів дійсність цих положень. По-перше, той факт, що зміна внутрішнього законодавства приймаючої держави буде визнана недійсною стабілізаційним застереженням, принаймні в контексті контракту. Таким чином, колишнє внутрішнє законодавство застосовуватиметься до контракту, навіть якщо воно більше не існує в застосовному праві цієї держави. Таким чином, ситуація схожа на ситуацію з договором без регулюючого права («*contrat sans loi*»):

контракт, у якому регулююче право повністю визначається сторонами та обмежується положеннями. Переважна більшість доктрин у міжнародному приватному праві вороже ставиться до такої ситуації через небезпеки, які вона тягне за собою для слабшої сторони. Друга причина полягає в тому, що сама можливість для держави взяти на себе таке зобов'язання може бути поставлена під сумнів з юридичної точки зору. Дійсно, держава за своєю природою має владу скасувати те, що вона зробила. Саме тут і криється «політичний ризик», від якого іноземний інвестор законно прагне захиститися. Але строго юридично кажучи, те, що зробив уряд, інший уряд може скасувати. Тоді ми можемо поставити під сумнів саму цінність цього зобов'язання, оскільки дуже важко уявити, що держава позбудеться такого суверенного атрибута, який дозволяє їй у будь-який час вносити зміни до власного законодавства.

Інтернаціоналізація контракту. Включення положень про стабілізацію або рівновагу впливає на характер контракту. Дійсно, було стверджено, що зобов'язання не змінювати своє власне законодавство є юридично можливим для держави, лише якщо таке зобов'язання взято в міжнародному правопорядку, тобто якщо воно є суб'єктом міжнародного права. Це правда, що в її власний правопорядок, уряд може взяти на себе зобов'язання, але він завжди зможе його зняти: один адміністративний акт може замінити інший, законопроект може змінити законодавчі положення, конституцію можна переглянути. У той час як зобов'язання, взяті в міжнародному правовому порядку, обов'язково спричинять за собою відповідальність, якщо воно буде порушено. Те, що було зроблено в міжнародному правовому порядку, може бути скасовано лише в цьому ж правовому порядку. Ось чому взяте державою зобов'язання не змінювати своє законодавство було б безглуздом у внутрішньому праві та могло б мати реальну дію лише в міжнародному праві. Таким чином, будь-який договір, що містить стабілізаційне положення, можна вважати таким, що за своєю суттю вкорінений у міжнародному праві, інакше він не матиме повної сили.

Визначення застосовного права. Таким чином, закон, який застосовується до контракту, включаючи положення про стабілізацію, є «замороженою» або «стабілізованою» версією внутрішнього законодавства приймаючої держави. Оскільки цей набір правил захищений від будь-яких змін, приймаюча держава не має права змінювати його. Як наслідок, оскільки цей набір правил виходить за межі влади приймаючої держави, він не має багато спільного з її внутрішнім законодавством. Цього, звичайно, недостатньо, щоб вважати, що ці норми формально належать до міжнародного права, але ситуація нагадує застосування останнього до договору. Дійсно зрозуміло, що інвестор прийме застосування «замороженого» внутрішнього законодавства приймаючої держави, якщо остання надасть достатні гарантії. Інакше він, швидше за все, обрав би застосування до контракту норм міжнародного права.

Висновок. За допомогою цих різних положень держави та інвестори змогли інтернаціоналізувати свої відносини, не обов'язково вирішуючи відкрито застосовувати міжнародне право до контракту. Безсумнівно, що така практика значною мірою сприяла появі міжнародного інвестиційного права, заклавши основи для розвитку правил міжнародного захисту іноземних суб'єктів господарювання.

Інтернаціоналізація державних контрактів через арбітражну практику

Роль, яку відіграють судді. Договірні сторони не завжди вирішують прямо чи опосередковано, чи застосовується до контракту міжнародне право чи ні. Вони також можуть частково застосувати міжнародне право або навіть замовчувати його роль у разі суперечки. У разі виникнення спору, пов'язаного з таким контрактом, арбітр буде відповідальним за прийняття рішення щодо функції та важливості міжнародного права. Ось як арбітражна практика зіграла важливу роль, надавши міжнародному праву все більшого значення у вирішенні договірних спорів.

У випадках прямого вибору права договірними сторонами

Свобода арбітрів. Навіть якщо сторони включили до свого контракту положення про вибір права, арбітражні суди, відповідальні за виконання таких контрактів, зазвичай мають певну свободу розсуду. Вони значною мірою використали цю маржу, щоб зробити міжнародне право принаймні частково застосовним до таких контрактів. Ось чому ми можемо сказати, що свобода, характерна для міжнародного арбітражу, значною мірою сприяла інтернаціоналізації державних контрактів.

Вибір національного права. Найбільш яскравим аспектом цієї тенденції на користь застосування міжнародного права є випадки, коли договірні сторони обирають застосування національного права. У такому випадку можна подумати, що арбітражний суд не матиме іншого вибору, окрім як застосувати національне законодавство. Однак це не та тенденція, яку ми спостерігаємо в арбітражній прецедентній практиці. Деякі арбітражні суди дійсно прийняли застосування національного набору правил, обраних сторонами, але підпорядкували це застосування його відповідності міжнародним стандартам. Формально внутрішнє законодавство залишається єдиним, що підлягає застосуванню. Але міжнародне право не є повністю відсутнім, навіть якщо основа його застосування залишається слабкою. Проте дві причини можуть пояснити часткове застосування міжнародного права навіть якщо сторони обрали внутрішнє право.

Міжнародне право як невід'ємна частина національного права. Перший і найпростіший спосіб включити міжнародне право в закон, який застосовується до контракту, полягає в тому, щоб припустити, що внутрішнє право включає міжнародне право, як це має місце в більшості національних правових систем. У цьому випадку арбітражний суд може застосувати всі відповідні міжнародні норми, які були включені до внутрішнього правового порядку. І можна припустити, що міжнародні норми щодо іноземного інвестування безсумнівно

актуальні щодо договору з іноземним інвестором. Як тільки такі норми будуть введені у національне законодавство, вони можуть вважатися застосовними. Таке міркування є цілком переконливим і все ще використовується сучасними арбітражними судами. Застосування міжнародного права може, таким чином, впливати із застосування національного права, за умови, що останнє включає механізм визнання та застосування міжнародних норм.

Нерозвиненість вітчизняного права. Міжнародне право також може бути введено в застосовні норми, коли національні норми, обрані сторонами, є неповними або незрозумілими. У такому випадку для вирішення спору потрібні інші правила: їх можна знайти в міжнародному праві. Саме це сталося у справі «Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. проти шейха Абу-Дабі» в 1951 році. Було незрозуміло, які правила мали застосовуватися, але в будь-якому випадку трибунал відмовився забезпечити виконання закону. приймаючої держави, тому що було б «химерним» припускати, що в цьому дуже примітивному регіоні існує будь-який усталений звід правових принципів, застосовних до побудови сучасних комерційних інструментів». Формулювання, звичайно, є трохи збентеженим і перегукується з застарілий характер статті 38 Статуту МС, що стосується «цивілізованих націй». Однак, окрім цього зауваження, позиція, висловлена трибуналом, є дуже красномовною та забезпечує основу для застосування міжнародного права. Залишаючи осторонь будь-які судження з точки зору розвитку чи цивілізації, може статися так, що національна правова система не передбачає жодного правила, яке охоплює контракт, підписаний між державою та іноземною приватною компанією. У такому випадку необхідно розглянути дві різні гіпотези. Або внутрішнє законодавство приймаючої держави не є достатньо вичерпним і має юридичні лазівки, що створює потребу у використанні додаткових стандартів і таким чином виправдовує застосування міжнародного права; або внутрішнє законодавство приймаючої держави має власні стандарти, але вони не забезпечують достатнього захисту для іноземних інвесторів. Ця друга гіпотеза є менш переконливою, оскільки вона ґрунтується на суб'єктивній оцінці: арбітри справді мали б значні повноваження позбутися внутрішнього права, якщо вони вважають, що воно недостатньо захищає. Цю позицію підтримав трибунал у справі ARAMCO проти Саудівської Аравії. У цій справі суд постановив, що внутрішнє право, визначене контрактом як застосовне:

повинні, у разі необхідності, тлумачитися або доповнюватися загальними принципами права, використанням, які застосовуються в нафтовій промисловості, і даними чистої юридичної науки, особливо коли певні приватні права, які обов'язково повинні бути визнані дилером, як тільки концесія його сутності, не буде забезпечено таким чином, який не викликає сумнівів чинний закон Саудівської Аравії.⁶⁶

Однак ці загальні принципи, що впливають із так званої «чистої юридичної науки», безсумнівно, можна знайти не в міжнародному праві. Тим не менш, останнє є актуальним як загальне право націй. У будь-якому випадку таке

рішення робить застосовним набір правил, які ніколи не були офіційно визначені як такі договірними сторонами. Це надає контракту абсолютно нового виміру.

Вибір міжнародного права. Застосування міжнародного права набагато легше, якщо це погоджено сторонами. На практиці велика кількість контрактів посилається як на міжнародне, так і на національне право з точки зору чинного права. Коли це так, питання полягає не стільки в тому, чи застосовне міжнародне право, скільки в тому, як його сформулювати з внутрішніми нормами. Це досить складне питання, до якого ми повернемося пізніше.⁶⁷ Однак очевидно, що міжнародне право застосовується, якщо сторони вирішують включити його до норм, що регулюють їхній договір.

За відсутності вибору права

Відсутність вибору. Нерідко можна зустріти контракти, у яких немає згадки про застосовне законодавство у разі виникнення спору. Це, здебільшого, відносно старі приклади, оскільки сьогодні сторони мають досвід і загальновідомо, що таке положення є надійною гарантією збереження їхніх відповідних прав. Проте може статися так, що сторони не можуть визначитися з цього питання. Такий випадок ставить питання про можливість, надані арбітрам.

Застосування міжнародного права. Тут знову ми можемо спостерігати загальну тенденцію до застосування міжнародного права за відсутності будь-якого вибору договірних сторін. Це лише загальна тенденція, яка, звичайно, допускає винятки. Дійсно, за відсутності будь-якого положення про застосовне право арбітри не мають іншої можливості, окрім як застосовувати норми міжнародного приватного права щодо зв'язкових факторів. Зазвичай це призводить до застосування національних норм, які в більшості випадків є законодавством приймаючої держави, оскільки це країна, де виконується договір. Тим не менш, як ми бачили раніше, навіть застосування принципів міжнародного приватного права може залишити простір для міжнародного права. Наприклад, у справі «Сапфір проти Національної іранської нафтової компанії» в 1963 році в контракті не говорилося про застосовне право. Трибунал вважав, що це мовчання свідчить про відсутність згоди між сторонами щодо застосування іранського законодавства, яке, таким чином, не може бути застосоване. Було додано, що договір містив посилання на принципи добросовісності, які арбітражний суд витлумачив як посилання на загальні принципи права у значенні статті 38 Статуту МС. Ця застосовність міжнародного права була додатково посилена предметом договору, який мав бути кваліфікований як «квазіміжнародний, що виходить за межі суверенітету окремих законодавців»⁶⁹. Ми бачимо, що тут знову відсутність вибору була витлумачена на користь міжнародного права.

Природньо міжнародний вимір. Ми могли б вважати, що державні контракти є міжнародними інструментами за своєю природою, якщо взяти до уваги їхній предмет та їх сторони. Ми навіть могли б провести аналогію з публічним

правом Франції (де предмет контракту може бути достатнім, щоб кваліфікувати його як адміністративний),⁷⁰ вважаючи, що договір між іноземним інвестором і державою для реалізації великомасштабного операція, що включає великі суми грошей, за самою своєю метою є міжнародним контрактом, таким чином підпорядковується міжнародному праву. Таким чином, у державному контракті є внутрішній міжнародний вимір, враховуючи саму природу угоди. Однак це не означає, що всі контракти, підписані між приватною особою та іноземною державою, повинні підпадати під дію міжнародного права. Але, у випадку, якщо самою метою цього контракту є реалізація важливої операції для держави та є підтримка її суверенної діяльності або її суспільних послуг – видобутку корисних копалин, будівництва транспортної інфраструктури, управління розподільчою мережею води або електроенергії – звернення до міжнародного права може бути виправданим. Таким чином, як і в адміністративному договорі, предмет виправдовує, що за своєю природою відносини повинні регулюватися міжнародним правом.

Визначення норм міжнародного права, застосованих до державних контрактів: загальний огляд

Правова проблема. До цього часу державний контракт ідентифікувався як контракт, підписаний між приватною стороною та іноземною державою, відповідно до міжнародного права. Проте точне значення та зміст такого закону в цьому конкретному контексті залишаються незрозумілими. Тут ми зосередимося лише на загальному підході, оскільки головною метою цієї книги є саме визначення змісту міжнародних норм, які застосовуються до інвестиційних операцій. Однак тут проблема буде розглянута дуже коротко, лише в контексті контрактів.

Приватні особи та міжнародне публічне право. Загальновідомо, що ніщо не перешкоджає застосуванню міжнародного права до приватних осіб. РСІУ вже визнав, що договір може безпосередньо створювати індивідуальні права чи обов'язки, якщо це впливає з його предмета чи волі сторін.⁷¹ Особи справді мають права згідно з міжнародним правом (право прав людини), але вони також мають зобов'язання згідно з міжнародним кримінальним правом. Тому немає підстав заперечувати проти застосування міжнародного права до угоди, укладеної між державою та іноземною фізичною особою чи компанією.

Релевантність *lex mercatoria*. Наступне питання, яке виникає, полягає в тому, чи існує чи ні «транснаціональний» закон, який буде специфічним для контрактів, підписаних між державами та іноземними приватними особами. Це був би набір правил, розташованих десь між публічним міжнародним правом і внутрішнім правом. Цей набір правил був визначений як «*lex mercatoria*» і був об'єктом багатьох дискусій кілька років тому. Головна проблема полягає не стільки в його існуванні, скільки в його застосуванні до державних контрактів. *Lex mercatoria* справді, як впливає з назви, є набором принципів, що народилися з практики «торговців», тобто правил, застосованих до суто комерційних операцій, включаючи продаж, постачання чи розподіл. Тому

існують інструменти, об'єкт яких не збігається з об'єктом державних контрактів. Основним аргументом проти застосування *lex mercatoria* до державних контрактів – за умови, що його існування доведено – є його неадекватність: як і адміністративний контракт, державний контракт є внутрішньо незбалансованим інструментом, оскільки держава зберігає односторонню владу в будь-якому випадку. Використання такої влади має бути під контролем. Це можна зробити в міжнародному праві, наприклад, вимагаючи від держави компенсації договірним сторонам у разі шкоди, заподіяної виконанням цього повноваження. Але правила, які застосовуються до комерційних відносин між покупцем і продавцем, не можуть бути повністю перенесені на контракт, підписаний між державою та іноземним інвестором, який прибув на територію останнього, у деяких випадках, щоб взяти на себе місію громадського обслуговування наприклад розподіл питної води або поводження з відходами. Таким чином, сам характер діяльності, яка регулюється державними контрактами, видається перешкодою для застосування принципів *lex mercatoria*.

Відповідні принципи міжнародного права. У світлі вищевикладеного слід визнати, що міжнародне право саме по собі застосовується до державних контрактів. Насправді сьогодні ця дискусія здається трохи застарілою: був час, коли можна було поставити під сумнів саме існування міжнародних правил, застосованих до відносин між іноземними інвесторами та державами. Але з поширенням договорів про захист інвестицій це існування більше не викликає суперечок. Сьогодні ці норми, безсумнівно, підкріплені звичаєвими принципами та загальними принципами права згідно з визначенням, наведеним у статті 38 Статуту Міжнародного Суду. Такі загальні правила, як добросовісність, зобов'язання щодо адекватної компенсації у разі порушення контракту або виключення форс-мажорних обставин, можна посилатися та застосовувати до державного контракту без сумніву щодо того, чи є вони міжнародними нормами.

Відмова від державних контрактів? Усі питання, які ми згадували досі щодо норм, що застосовуються до державних контрактів, актуальні й сьогодні, але їх слід вирішувати в сучасному правовому контексті. Незважаючи на те, що державні контракти не зникли повністю, вони втратили певну важливість у результаті появи міжнародного інвестиційного права. Ми навіть можемо сказати, що вони, як правило, поглинаються цим набором правил, який фактично включає в себе одну з найбільш відповідних норм, застосованих до цього типу контракту. Зараз ми докладніше зупинимось на цьому питанні.

ДВОСТОРОННІ ІНВЕСТИЦІЙНІ ДОГОВОРИ ТА ЗАРОДЖЕННЯ ТА РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ПРАВА

Одночасний розвиток. Важливо підкреслити, що різні еволюції, описані в цьому першому розділі, не були успішними в хронологічному порядку. Інтернаціоналізація державних контрактів і розвиток міжнародного арбітражу фактично відбувалися паралельно і взаємно впливали один на одного. Те ж

саме стосується розробки інвестиційних договорів, навіть якщо всі три явища врешті-решт об'єдналися в одне на початку 1990-х років.

Виникнення та розвиток договорів про захист інвестицій

Контекст появи. Коли йдеться про історію, завжди важко визначити, яка подія є причиною чи наслідком іншої, коли ці події тісно взаємопов'язані. Це саме той випадок із державними контрактами та договорами про захист інвестицій, за винятком того, що ми впевнені в одному: інвестиційні договори вперше з'явилися в контексті, який дуже відрізнявся від сучасного. У той час, коли були підписані перші інвестиційні договори, ICSID ще не існувало, і державні контракти були ледь визначені як такі. Тому майже неможливо визначити, чи сприяли інвестиційні договори розвитку державних контрактів, чи поява державних контрактів викликала потребу в інвестиційних договорах. У будь-якому випадку обидва явища відіграли важливу роль у розвитку міжнародного інвестиційного права.

Поява ВІТ. Перша двостороння угода про захист і заохочення інвестицій (ВІТ) була укладена в 1959 році, коли Німеччина та Пакистан підписали угоду, в якій вони зобов'язалися гарантувати певний рівень захисту своїм інвесторам. Немає сумніву, що деякі інструменти, включаючи положення про захист іноземних інвесторів, уже існували на той час, навіть якщо це не було їх основною метою. Але це правда, що Договір 1959 року є незвичайним у тому, що його винятковою метою був захист інвесторів, які були громадянами іншої держави-учасниці, що було досить новаторським на той час. Як бачимо, перший ДІТ був підписаний у той час, коли арбітражні суди вирішували перші великі суперечки між інвестором і державою. Ці перші випадки також стали відправною точкою інтернаціоналізації відносин між державами та інвесторами. Це не випадково: підкорення відносин міжнародному праву — це одне, визначення відповідних норм міжнародного права — інше. Перші ДІТ були підписані, щоб визначити, які норми міжнародного права застосовуються до державних контрактів. Слід також зазначити, що держави були досить стурбовані цим явищем інтернаціоналізації, яке розвивається арбітражними рішеннями. Вони боялися втратити контроль над правилами, які стосувалися контрактів, які вони підписали з іноземними інвесторами. Дійсно, як ми бачили, держави не ініціювали цю тенденцію до інтернаціоналізації: вона почалася з тлумачення договірних положень арбітражними судами. Таким чином, проведення переговорів щодо ДІТ було способом для держав отримати певний контроль шляхом визначення самих міжнародних норм, які будуть застосовні до державних контрактів.

Еволюція ВІТ. Незважаючи на свою важливість, спочатку ВІТ розвивалися не надто швидко. Їхнє зростання в перші роки було скромним, але стабільним, з кількома додатковими угодами, які підписувалися щороку. Їхнє зростання стало експоненціальним лише в 1990-х роках, що призвело до майже 3000 договорів, що діють у всьому світі сьогодні. Ми можемо стверджувати, що сьогодні цій мережі бракує послідовності, оскільки її розвиток був спонтанним

і не структурувався чи контролювався жодною центральною владою. Однак це припущення хибне з кількох причин.

Спільнокореневі. По-перше, усі ВІТ мають кілька спільних коренів, що пояснює, що, незважаючи на їхню двосторонню природу – що може призвести до того, що всі вони різні – їхній зміст досить подібний. Дві головні джерела справді надихнули учасників переговорів щодо ВІТ: з одного боку, договори про дружбу, торгівлю та навігацію почали розвиватися в дев'ятнадцятому столітті і самі були досить схожими. З іншого боку, декілька міжнародних організацій чи установ опублікували проекти моделей без будь-якої правової цінності як такої, що значною мірою надихнуло розробників ДІТ. Можна подумати, зокрема, про проект Конвенції про захист іноземної власності, опублікований Організацією економічного співробітництва та розвитку наприкінці 1960-х років. Цей подвійний спільний корінь пояснює, чому ВІТ є досить схожими сьогодні.

Географічна універсальність. По-друге, використання ДІТ не є тенденцією чи практикою, яка обмежується групою держав або певним регіоном. Практично всі держави зараз уклали принаймні один ДІТ, що свідчить про те, що ця практика є універсальною з географічної точки зору. Крім того, договори більше не підписуються лише між північними та південними країнами, як це було спочатку, оскільки інвестори переважно походять із західних країн і інвестують у країни, що розвиваються. Угоди між країнами Півдня або між країнами Півночі сьогодні є досить частими, і основні потоки інвестицій здійснюються між країнами рівноцінного рівня розвитку. Деякі держави підписали кілька з них, як і більшість розвинених країн: візьмомо лише один приклад, Франція зараз пов'язана більш ніж 100 двосторонніми угодами про захист інвестицій.

Національна система моделей. Нарешті, слід зазначити, що більшість держав, які відіграють ключову роль у міжнародних інвестиціях, незалежно від того, чи є вони великими постачальниками інвесторів, чи приймають велику кількість інвестицій, мають усі розроблені моделі договорів. Вони б використовували ті самі моделі з усіма партіями, вносячи необхідні поправки. Прийнявши проект модельної конвенції, ці держави не беруть на себе жодних зобов'язань (інша держава може відмовитися від розробки та попросити внести ряд змін, які можуть призвести до радикальної трансформації тексту), але це дає їм основу для переговорів. Це пояснює, чому більшість ДІТ, підписаних однією державою, зазвичай досить схожі, що є ще одним елементом підтримки узгодженості.

Багатосторонність? У звичайній практиці з'явилася новіша тенденція, яка також є елементом, що виступає за існування узгодженого набору правил. Декілька держав дійсно підписали багатосторонні документи, включаючи правила захисту інвестицій. Такі інструменти, як правило, обмежені щодо їхнього географічного охоплення, як-от НАФТА, сторонами якої є лише США, Канада та Мексика, і яка включає главу 11 про захист інвестицій. Ці договори

також можуть бути обмежені за своїм матеріальним обсягом, як-от Договір до Енергетичної Хартії, який стосується лише інвестицій в енергетичний сектор. Такі договори містять правила, які дуже схожі на положення ДІТ, і їх, безсумнівно, можна згадати в контексті цієї важливої нормативної розробки. Приклад законодавства Європейського Союзу (ЄС) особливо доречний у цьому відношенні: хоча його мета на перший погляд здається відносно віддаленою, ми побачимо, що багато європейських норм насправді можна вважати правилами захисту інвестицій. Крім того, нещодавно ЄС уклав широкомасштабні угоди, включаючи положення про захист інвестицій, такі як Всеосяжна економічна та торгова угода з Канадою, підписана 30 жовтня 2016 року. Загалом можна помітити глобальну тенденцію до розширення інвестиційних угод таким чином, що майбутні інвестиційних договорів може бути багатостороннім, а не двостороннім.

Вміст ВІТ. Можна сказати, що зміст ВІТ є фактично об'єктом цього підручника. Тому немає необхідності зупинятися на цьому тут, досить згадати основні положення, які систематично присутні в ВІТ. Договори містять перш за все положення, присвячене визначенню, щоб визначити, зокрема, поняття інвестицій, яке все ще викликає значні питання сьогодні. ДІТ також містять положення про суттєвий захист іноземних інвесторів: загальну гарантію справедливого та рівноправного режиму, захист від прямої чи непрямой експропріації (за умови виплати адекватної компенсації), режим найбільшого сприяння, гарантію безкоштовного переказ коштів тощо. Нарешті, арбітражне застереження пропонує інвестору доступ до арбітражного суду, як правило, з посиланням на правила ICSID або будь-якої іншої арбітражної установи. Навіть якщо деякі деталі можуть відрізнятися, переважна більшість ВІТ складено однаково та включає всі вищезазначені положення.

Нагорода AAPL і поява сучасного інвестиційного права ВІТ і державні контракти. Усе, що ми описали досі, було частиною конкретного правового контексту, тобто державних контрактів. Розвиток міжнародних правил через розробку договорів про захист інвестицій справді мав на меті спочатку визначити зміст норм (міжнародного) права, застосованих до державних контрактів. Коротко кажучи, можна сказати, що державні контракти поступово підпорядковувалися міжнародному праву, але зміст міжнародних правил, які до них застосовуються, не був зрозумілим. Таким чином, метою ДІТ було визначення такого змісту та застосування його до державних контрактів. Таким чином, обидва інструменти були тісно пов'язані, але все мало радикально змінитися.

Нова згода на арбітраж

Потрібні державні контракти. У правовому контексті, який ми описали досі, ДІТ може бути корисним, лише якщо він базується на контракті, і це є причиною, чому ці договори спочатку описувалися як «парасолькові договори»: це інструменти, спрямовані на «охоплення» договірних відносин, оскільки вони лише забезпечують правила, які застосовуються до державних

контрактів. Відповідно, звернення до міжнародного арбітражу в разі порушення ВІТ було можливим для інвестора лише в тому випадку, якщо він підписав договір з приймаючою державою, в якому остання дала свою згоду на арбітраж. Це те, що нагорода ААРЛ внесла значні зміни.

Передісторія справи. Факти у справі ААРЛ не були дуже складними. ААРЛ була британською компанією з головним офісом у Гонконгу в той час, коли Гонконг ще був частиною Великобританії. ААРЛ керувала креветковою фабрикою на Шрі-Ланці, де наприкінці 1980-х років відбувалися жорстокі громадянські заворушення. Одного разу між армією Шрі-Ланки та деякими повстанськими групами в районі розташування фабрики стався конфлікт, який майже повністю зруйнував її. Таким чином, ААРЛ вимагала відшкодування своїх збитків, але юридична проблема полягала в тому, що вона не підписувала жодного контракту з державою Шрі-Ланка. Єдині правові відносини, які існували, були між ААРЛ і приватними компаніями Шрі-Ланки. Таким чином, за відсутності будь-якого контракту з державою компанія не могла подати позов до держави в арбітражний суд. Проте компанія вирішила діяти на основі арбітражного застереження ВІТ, підписаного між Великою Британією та Шрі-Ланкою, стороною якого вона як приватна особа не була. Це була азартна гра, але вона виявилася успішною.

Нове прочитання. Арбітражне застереження договору передбачало, що «кожна Договірною Сторона цим погоджується передавати до Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів будь-який правовий спір, що виникає між Договірною Стороною та громадянином або компанією іншої Договірної Сторони щодо інвестиції останнього на території першого». Трибунал вважав, що таке положення виражає згоду держави на арбітраж з іноземними інвесторами, але також визнає право будь-якого такого інвестора звернутися до арбітражного суду на основі договору. Це визнання права іноземних інвесторів є головним і грандіозним нововведенням цієї справи. Навіть якщо таке право прямо не визнається в положенні, воно також не виключається: договір передбачає юрисдикцію арбітражних судів щодо спорів, що виникають між приватною особою та державою, але відкрито не вказує, хто має право звертатися до судовий орган. Для трибуналу це положення слід розглядати як «постійну пропозицію арбітражу», зроблену державою. Своєю згоду має висловити інвестор шляхом подання арбітражного позову. Таким чином, згода обох сторін враховується, і вони можуть висловити її відкладено та неодноразово.

Виникнення арбітражу «без правового зв'язку». Навіть якщо це міркування здається дещо штучним, тут дотримуються основні правові принципи та правила. Обидві сторони дійсно висловили свою згоду, і їхня воля є основою юрисдикції арбітражного суду. Дехто наголошував на дещо вимушеному вимірі згоди держави, але ніколи не претендував на повернення до попередньої ситуації. Таким чином, Дж. Паулссон говорить про арбітраж «без конфіденційності», а В. Бен Хаміда вживає вираз «односторонній арбітраж».

Але в будь-якому випадку питання згоди сьогодні більше не виникає: тепер воно широко прийняте, оскільки Рішення AARL полягає в тому, що шляхом підписання ВІТ з арбітражним застереженням держава погоджується визнати право звернутися до арбітражу за інвесторами, які є громадянами іншої держави-учасниці договору.

Розвиток міжнародного інвестиційного права з 1990 року

Наслідки справи AARL. Тлумачення згоди держави в ВІТ більше не ставиться під сумнів, але наслідки такого визнання є величезними. Нагорода AARL фактично змінила всю структуру міжнародного інвестиційного права. Можна сказати, до певної міри, що «сучасне» інвестиційне законодавство народилося в 1990 році з цим важливим рішенням.

Вираження згоди в статуті. ДІТ не є єдиним інструментом, у якому держава може дати згоду на юрисдикцію арбітражного суду. За два роки до AARL інший арбітражний суд справді визнав, що згода держави може бути виражена в національному законі. Тоді такий законопроект можна проаналізувати як постійну пропозицію арбітражу.⁸⁰ Це рішення майже таке ж важливе, як і справа AARL, оскільки обидва встановлюють можливість для іноземних інвесторів звернутися до арбітражного суду проти держави, або на підставі договір або внутрішній вексель. Це подвійне рішення пояснює, чому після 1990 року міжнародне інвестиційне законодавство зросло в геометричній прогресії.

Розділ 2

Стандарти управління іноземними інвестиціями

Запропонована поправка до Закону Японії про фінансові інструменти та біржі (Закон № 25 від 1948 року) була прийнята парламентом і була введена в дію 19 травня 2021 року. Поправка передбачає звільнення від вимог реєстрації бізнесу з управління інвестиціями для менеджерів фондів, які в основному управляють фондами внесок іноземних професійних інвесторів. Поправка також встановлює тимчасове звільнення для менеджерів з досвідом ведення бізнесу з управління інвестиціями у своїй юрисдикції, які мають намір перевірити японське бізнес-середовище протягом певного періоду, перш ніж отримати повномасштабну реєстрацію або звільнення від ведення бізнесу в Японія.

Уряд Японії проводить кілька кампаній та ініціатив із залучення іноземних інвестицій до Японії, щоб знову перетворити Японію на великий міжнародний фінансовий центр.

Відповідно до FIEA, особа, яка хоче вести бізнес з управління інвестиціями в Японії, повинна бути зареєстрована як бізнес з управління інвестиціями (ІМВ), що вимагає надійної операційної структури та фінансової стійкості, як-от вимоги до мінімального капіталу та чистих активів. Загалом тривалий і обтяжливий процес реєстрації стримав іноземних менеджерів від виходу на японський ринок. Крім того, існуючий режим не передбачає відповідного процесу реєстрації для керуючих іноземними інвестиціями, які в основному управляють іноземними коштами, і не враховує послужний список і нагляд іноземного органу за такими керуючими іноземними інвестиціями в процесі перевірки.

Щоб вирішити ці проблеми та заохотити менеджерів з іноземних інвестицій приїжджати до Японії як до одного з їхніх глобальних бізнес-центрів, поправка вводить тимчасові та постійні винятки з правил ММБ, щоб забезпечити менеджерам з іноземних інвестицій більш практичне нормативне середовище для ведення бізнесу в Японії.

Звільнення від перехідного періоду

Спеціально дозволений бізнес для перехідного періоду («Звільнення від перехідного періоду») дозволяє керуючому іноземними інвестиціями, який має ліцензію та регулюється іноземним регуляторним органом у своїй юрисдикції («Менеджер іноземних інвестицій»), після короткого повідомлення здійснювати певний бізнес з управління інвестиціями в Японія протягом п'яти років з дати повідомлення без отримання реєстрації ІМВ відповідно до FIEA. Через обмежений у часі характер цього звільнення, до кінця п'ятирічного

перехідного періоду Керуючий іноземними інвестиціями, який користується звільненням від перехідного періоду, повинен бути зареєстрований як ММБ або звільнений від реєстрації ММБ згідно зі Статтею 63 Виняток або Звільнення від іноземних інвесторів, кожне з яких описано нижче (інакше менеджер повинен залишити свій бізнес у Японії та виїхати).

Тимчасове полегшення

Звільнення від перехідного періоду – це тимчасове пом'якшення правил, яке заохочує менеджерів з іноземних інвестицій розглянути можливість відкриття офісу в Японії шляхом зниження початкових витрат, тобто подання заявки на обтяжливу реєстрацію в ММБ на ранній стадії бізнесу в Японії. Це звільнення доступне лише для тих, хто зробив необхідне повідомлення протягом п'яти років після набрання чинності поправкою. Таким чином, якщо керівник бажає перевірити бізнес-середовище в Японії відповідно до цього винятку, він повинен надіслати необхідне повідомлення протягом цього п'ятирічного вікна, щоб мати право на п'ятирічний виняток із вимог реєстрації ІМВ.

Дозволений бізнес; Тип інвесторів

Менеджеру з іноземних інвестицій дозволено здійснювати певну діяльність у Японії, пов'язану з бізнесом з управління інвестиціями в його юрисдикції. Такі заходи включають наступне:

Послуги з управління інвестиціями, такі як дискреційне управління інвестиціями для іноземних інвесторів, управління інвестиціями іноземних інвестиційних трастів або управління товариством з обмеженою відповідальністю для іноземних інвесторів як генерального партнера; і

Маркетинг і розподіл інтересів фондів, якими керує такий менеджер з іноземних інвестицій для іноземних інвесторів.

Для цілей звільнення від перехідного періоду «Іноземні інвестори» включають іноземні корпорації, фізичних осіб, які мають домашні адреси за межами Японії, і осіб, тісно пов'язаних з Менеджером з іноземних інвестицій, визначених будь-яким пов'язаним розпорядженням кабінету міністрів або розпорядженням кабінету міністрів (разом «Пов'язані розпорядження чи розпорядження»). Японські кваліфіковані інституційні інвестори (QIIs2) не охоплюються наведеним вище визначенням іноземних інвесторів; тому Керуючий іноземними інвестиціями не може надавати свої послуги для QIi відповідно до звільнення від перехідного періоду, на відміну від звільнення для іноземних інвесторів (про яке йдеться нижче).

Повідомлення та кваліфікація

Менеджер з іноземних інвестицій зобов'язаний подати повідомлення до місцевого фінансового бюро Канто (KLFB), у якому, серед іншого, зазначено заявлену суму капіталу; імена директорів, виконавчих директорів і представника в Японії; імена важливих співробітників (тобто відповідального за комплаєнс і співробітника, який керує відділом управління інвестиціями); адреса головного офісу та офісу в Японії; вид звільненої діяльності, яка буде

здійснюватися; та інші види діяльності, якими займається менеджер з іноземних інвестицій.

Менеджеру з іноземних інвестицій дозволено розпочинати свій бізнес у Японії, якщо KLFV прийме вищеописане повідомлення та якщо Менеджер з іноземних інвестицій відповідає наступним вимогам:

Мати ліцензію на управління інвестиціями, надану регуляторними органами країни, подібну до ліцензії ІМВ, наданої KLFV;

Мати послужний список ведення діяльності з управління інвестиціями протягом певної кількості років (вказується у відповідних наказах або розпорядженнях) після отримання ліцензії у своїй юрисдикції;

Мати достатні людські ресурси та структуру управління для належного ведення бізнесу з управління інвестиціями;

В основному інвестувати в неяпонські цінні папери, як зазначено у відповідних наказах або розпорядженнях;

Мати офіс в Японії;

Призначити представника в Японії.

Ані Менеджер з іноземних інвестицій, ані будь-який його основний акціонер не підлягає жодним дискваліфікаційним вимогам, наприклад, особа, яка порушила фінансові правила чи інші положення протягом попередніх п'яти років, особа, якій бракує спроможності розпізнавати, приймати рішення чи спілкуватися через психічний розлад тощо.

Постійні зобов'язання щодо звітності.

Менеджери з іноземних інвестицій зобов'язані готувати та вести книги та записи, визначені відповідними наказами чи розпорядженнями. Вони також повинні подати річний звіт про діяльність до KLFV протягом трьох місяців після закінчення кожного господарського року. Деякі пункти бізнес-звіту мають бути оприлюднені в офісах або на веб-сайті.

Відповідні накази чи розпорядження ще не опубліковано, але сповіщення та річні звіти про бізнес, ймовірно, можна буде робити англійською мовою для звільнення від перехідного періоду та звільнення для іноземних інвесторів, про які йдеться нижче.

Звільнення іноземних інвесторів

Дозволений бізнес; Тип інвесторів

Спеціально дозволений бізнес для іноземних інвесторів («Звільнення іноземних інвесторів») дозволяє інвестиційному менеджеру («Звільненому керуючому») керувати схемами колективного інвестування, наприклад товариствами з обмеженою відповідальністю, за рахунок коштів, внесених переважно неяпонськими інвесторами, без ММБ. реєстрація в FIEA. Звільнений керуючий може також поширювати інтереси партнерства тощо, якими керує такий звільнений керуючий, між іноземними інвесторами. Цей виняток не вимагає від інвестиційного менеджера мати ліцензію, надану іноземним органом, і на нього також можуть покладатися місцеві менеджери. Виняток для іноземних інвесторів є постійною поправкою до правил FIEA.

Для цілей винятку для іноземних інвесторів «іноземні інвестори» означають професійних інвесторів за межами Японії, наприклад іноземні корпорації та фізичні особи, які мають домашню адресу за межами Японії та які мають достатні знання, досвід і активи, які визначаються відповідними наказами чи розпорядженнями. ; QIIs; та тісно пов'язані особи звільненого керівника, визначені відповідними наказами чи розпорядженнями.

На відміну від звільнення на перехідний період, звільнення для іноземних інвесторів поширюється лише на фонди партнерського типу. Таким чином, керуючий інвестиційними трастами або взаємними фондами не може покладатися на звільнення іноземних інвесторів. Крім того, звільнений керуючий може надавати свої послуги, але більшість коштів мають вносити нерезиденти Японії. Крім того, правомочними інвесторами, які не є, можуть бути лише ті, хто має достатні знання, досвід та активи згідно із Звільненням для іноземних інвесторів.

Повідомлення та кваліфікація

Звільнений менеджер повинен подати повідомлення до KLFV. Повідомлення повинно включати, але не обмежуватися такою інформацією: заявлений розмір капіталу; імена директорів, виконавчих посадових осіб і представників у Японії (у випадку іноземних звільнених менеджерів); імена основних співробітників; адреси головного офісу та офісу в Японії (у випадку іноземних звільнених менеджерів); типи звільнених підприємств, які будуть здійснюватися; та інші види діяльності, якими займається звільнений менеджер.

Щоб мати право на звільнення іноземних інвесторів, звільнений менеджер повинен відповідати таким вимогам:

- Мати достатні людські ресурси та структуру управління для належного ведення звільненої діяльності;

- Мати офіс в Японії;

- Призначте представника в Японії (у випадку іноземних звільнених менеджерів).

Ані звільнений керуючий, ані будь-який його основний акціонер не підпадає під жодну з дискваліфікацій, розглянутих вище.

Постійні зобов'язання щодо звітності

Звільнені керівники зобов'язані готувати та зберігати книги та записи, визначені відповідними наказами чи розпорядженнями. Вони також повинні подати річний звіт про діяльність до KLFV протягом трьох місяців після закінчення кожного господарського року. Деякі пункти бізнес-звіту мають бути оприлюднені в офісах або на веб-сайті.

Порівняння зі статтею 63

Існує подібне звільнення від реєстрації в ІМВ, яке застосовується до керівників фондів партнерського типу, тобто спеціально дозволених підприємств для кваліфікованих інституційних інвесторів тощо (так зване «звільнення за статтею 63»), які в основному є професійними інвесторами. звільнення. Таким чином, це звільняє менеджерів від реєстрації ІМВ та вимог щодо ліцензії на

розповсюдження, якщо потенційні інвестори включають принаймні один QІІ з до 49 прийнятних інвесторів, які не є QІІ. Дійсно, звільнення за статтею 63 широко використовується для розподілу приватних коштів у Японії.

Звільнення іноземних інвесторів є корисним для тих менеджерів, які не мають перспективного QІІ для свого партнерства, а інвесторами є лише відповідні іноземні корпорації або фізичні особи. Навіть якщо партнерство має QІІ на борту, менеджер може розраховувати на звільнення іноземних інвесторів, якщо керуючий має намір продавати своє партнерство більш ніж 50 відповідним вимогам не QІІ.

Ділова поведінка звільнених менеджерів регулюється положеннями FІЕА, як і згідно зі статтею 63. Проте Виняток для іноземних інвесторів передбачає додаткові вимоги до персоналу та структури управління, включаючи наявність внутрішньої політики щодо бізнесу з управління інвестиціями та навчання посадових осіб і службовців для дотримання внутрішньої політики. Правила, пов'язані з виключенням для іноземних інвесторів, є менш обтяжливими, ніж ті, що стосуються реєстрації ММБ, але вони дещо важчі, ніж ті, що стосуються звільнення за статтею 63 у цьому відношенні. Цей рівень регулювання може вплинути на процес повідомлення про звільнення іноземних інвесторів, тобто керівнику може знадобитися надати копію внутрішньої політики та опис свого персоналу та структури управління.³

Таким чином, менеджер, який хоче керувати партнерським фондом у Японії, повинен ретельно вибрати, на яке звільнення керуючий має покладатися для свого передбачуваного бізнесу в Японії, щоб скористатися цими звільненнями.

Очікується, що пов'язані накази чи розпорядження, які встановлюють деталі правил виконання поправок, будуть опубліковані влітку 2021 року та підлягатимуть процесу громадського обговорення протягом кількох місяців. Поправка до FІЕА набуде чинності після цього процесу громадського обговорення, який наразі очікується завершення до кінця.

Розділ 3

Конфіскація активів інвестора та її види.

Конфіскація активів інвестора та її в Актив — це ресурс з економічною цінністю, яким володіє чи контролює особа, корпорація чи країна з розрахунком, що він забезпечить майбутні вигоди.

Активи відображаються в балансі компанії. Вони класифікуються як поточні, фіксовані, фінансові та нематеріальні. Їх купують або створюють, щоб підвищити вартість фірми або принести користь діяльності фірми.

Актив можна розглядати як те, що в майбутньому може генерувати грошовий потік, зменшити витрати або покращити продажі, незалежно від того, чи це виробниче обладнання, чи патент.

Ключові висновки

Актив — це ресурс з економічною цінністю, яким володіє або контролює особа, корпорація чи країна з розрахунком, що він принесе вигоду в майбутньому.

Активи відображаються в балансі компанії.

Їх купують або створюють, щоб підвищити вартість фірми або принести користь діяльності фірми.

Актив — це те, що може генерувати грошовий потік, зменшувати витрати чи покращувати продажі, незалежно від того, чи це виробниче обладнання, чи патент.

Активи можна класифікувати як поточні, основні, фінансові або нематеріальні.

Актив

Розуміння активів

Актив являє собою економічний ресурс, яким володіє або контролює, наприклад, компанія. Економічний ресурс — це те, що може бути дефіцитним і здатне приносити економічну вигоду шляхом генерування грошових надходжень або зменшення грошових відтоків.

Об'єкт також може представляти доступ, якого не мають інші особи чи компанії. Крім того, право або інший тип доступу може мати юридичну силу, що означає, що економічні ресурси можуть використовуватися на розсуд компанії. Їх використання може бути заборонено або обмежено власником. Щоб щось вважалось активом, компанія повинна мати на нього право на дату фінансової звітності компанії.

Активи можна розділити на поточні (або короткострокові) активи, основні засоби, фінансові інвестиції та нематеріальні активи.

Види активів

Оборотні активи

У бухгалтерському обліку деякі активи називають оборотними. Оборотні активи - це короткострокові економічні ресурси, які, як очікується, будуть перетворені в готівку або спожиті протягом одного року. Поточні активи включають грошові кошти та їх еквіваленти, дебіторську заборгованість, запаси та різні витрати майбутніх періодів.

Хоча готівку легко оцінити, бухгалтери періодично переоцінюють відшкодування запасів і дебіторської заборгованості. Якщо є докази того, що дебіторська заборгованість може бути безнадійною, її буде класифіковано як знецінену. Або якщо запаси застаріють, компанії можуть списати ці активи. Деякі активи обліковуються на балансах компаній з використанням концепції історичної вартості. Історична вартість являє собою первісну вартість активу, придбаного компанією. Історична вартість також може включати витрати (такі як доставка та налаштування), понесені для включення активу в діяльність компанії.

Основні засоби

Основні засоби — це ресурси, очікуваний термін служби яких перевищує один рік, наприклад заводи, обладнання та будівлі. Бухгалтерське коригування, яке називається амортизацією, проводиться для основних засобів у міру їх старіння. Він розподіляє вартість активу в часі. Амортизація може відображати або не відображати втрату придатності основного засобу.

Загальноприйняті принципи бухгалтерського обліку (GAAP) дозволяють нараховувати амортизацію кількома методами. Лінійний метод передбачає, що основний актив втрачає свою вартість пропорційно строку його корисного використання, тоді як прискорений метод припускає, що актив втрачає свою вартість швидше в перші роки використання.¹

Фінансові активи

Фінансові активи – це інвестиції в активи та цінні папери інших установ. Фінансові активи включають акції, суверенні та корпоративні облігації, привілейовані акції та інші гібридні цінні папери. Фінансові активи оцінюються відповідно до базового цінного паперу та ринкового попиту та пропозиції.

Нематеріальні активи

Нематеріальні активи - це економічні ресурси, які фізично відсутні. Вони включають патенти, товарні знаки, авторські права та гудвіл. Облік нематеріальних активів відрізняється залежно від виду активу. Їх можна амортизувати або перевіряти на знецінення кожного року.²

У той час як актив – це те, що має економічну цінність, що належить або контролюється особою чи компанією, зобов'язання – це те, що належить особі чи компанії. Зобов'язанням може бути позика, податки до сплати або кредиторська заборгованість.

Що вважається активом?

Дивлячись на визначення активу, ви зазвичай виявите, що це те, що забезпечує поточну, майбутню чи потенційну економічну вигоду для особи чи компанії.

Таким чином, активом є щось, що належить вам, або щось, що вам належить.

Купюра в 10 доларів, настільний комп'ютер, стілець і автомобіль – усе це активи. Якщо ви позичили комусь гроші, ця позика також є активом, оскільки вам винні цю суму. Для особи, яка має борг, позика є зобов'язанням.

Які є приклади активів?

Особисті активи можуть включати будинок, землю, фінансові цінні папери, ювелірні вироби, твори мистецтва, золото та срібло або ваш поточний рахунок.

Бізнес-активи можуть включати такі речі, як автомобілі, будівлі, машини, обладнання, готівка та дебіторська заборгованість.

Що таке нефізичні активи?

Нефізичні або нематеріальні активи приносять економічну вигоду, навіть якщо ви не можете фізично доторкнутися до них. Це важливий клас активів, який включає такі речі, як інтелектуальна власність (наприклад, патенти або торгові марки), договірні зобов'язання, роялті та гудвіл. Капітал бренду та репутація також є прикладами нефізичних або нематеріальних активів, які можуть бути досить цінними.

Чи є праця активом?

Ні. Праця — це робота, яку виконують люди, за яку їм платять у вигляді заробітної плати. Праця відрізняється від активів, які вважаються капіталом.

Розділ 4

Компенсація в міжнародному інвестиційному праві

Основні принципи, що регулюють компенсацію
 За інвестиційними договорами досліджує принципи, що регулюють
 компенсацію за експропріацію. Майже всі інвестиції
 договори визначають, що компенсація за експропріацію має дорівнювати
 справедливій ринковій вартості
 експропрійовані інвестиції. Інвестиційні договори, однак, не визначають суму
 компенсації
 необхідні для порушення інших положень договору. За відсутності текстового
 керівництва арбітраж
 трибунали застосували принцип «повного відшкодування» за інші порушення
 договорів.
 досліджує цей принцип. У розділі розглядається, чи тлумачили суди «чесний
 ринок
 вартість» і «повне відшкодування» по-різному. Це говорить про те, що їх не
 лікували
 по-різному в більшості випадків. коротко розглядає додаткові принципи, які
 можуть бути
 для розгляду під час визначення суми компенсації або інших відповідних
 засобів правового захисту.

Принципи, що регулюють компенсацію за експропріацію
 Інвестиційні договори прямо стосуються компенсації за експропріацію. Такі
 положення теж
 вказати, що компенсація повинна дорівнювати справедливій ринковій вартості
 експропрійованих інвестицій або використання
 термінологія, яка тлумачиться як еквівалентна стандарту справедливої ринкової
 вартості. Більшість договорів
 також мати справу з датою, на яку має бути визначена справедлива ринкова
 вартість інвестиції
 своєчасність виплати компенсації та вимога сплати відсотків за будь-яку
 затримку
 компенсація. Такі положення відрізняються відносною відсутністю варіацій від
 договору до договору

їхня відносно мінімальна еволюція з часом, з деякими винятками, виділеними нижче та в розділі.

Стандарт компенсації

Типова формулювання договору вимагає виплати компенсації, яка є «швидкою, адекватною та

ефективний». Це формула Халла, яка бере свій початок у дипломатичному листуванні США з

Мексика в 1930-х роках. Це формулювання широко розуміється як таке, що стосується справедливої ринкової вартості експропрійованого майна.

Існують старіші договори, які дещо відхиляються від цієї формули, вимагаючи, наприклад, компенсації, яка є «справедливою та негайною» або просто «повною». однак наприкінці 1970-х стандарт «швидкого, адекватного та ефективного» набув широкого вжитку.

Якщо інвестиційні договори використовують інші формулювання, такі як «вартість», «ринкова вартість», «справжнійвартість» або «реальна вартість» — вони також тлумачилися як посилення на справедливу ринкову вартість експропрійовані інвестиції.

Компенсація за інвестиційними договорами

Хоча більшість інвестиційних договорів не містять визначення «справедливої ринкової вартості», стандарт є

широко розуміється як посилення на «ціну, яку добровільний покупець заплатить добровільному продавцю» за

експропрійована інвестиція в угоду на ринкових умовах.¹⁹

Більшість інвестиційних договорів також не визначають, якою має бути справедлива ринкова вартість інвестицій

як практичне питання. (Це питання відповідної техніки оцінки та розглядається більш детально в Розділі 3 цієї статті.) Помітним винятком є мова, яку можна знайти в

інвестиційний розділ Північноамериканської угоди про вільну торгівлю

(НАФТА) що «критерії оцінки повинні включати вартість безперервної діяльності, вартість активів, включаючи заявлену

податкова вартість матеріального майна та інші критерії, у разі необхідності, для визначення справедливої ринкової вартості».

Двостороння інвестиційна угода між Аргентиною та Філіппінами (ВІТ) 1999 року передбачає компенсацію в

«ринкова вартість» і надає додаткові вказівки, що «якщо цю вартість неможливо легко встановити,

компенсація може бути визначена відповідно до загальновизнаних принципів справедливості

оцінки з урахуванням інвестованого капіталу, амортизації, вже репатрійованого капіталу,

вартість заміни та інші відповідні фактори».

Дата оцінки

Більшість інвестиційних договорів передбачають дату, на яку має бути визначена вартість експропрійованих інвестицій бути визначеним. Основний принцип, спільний майже для всіх інвестиційних договорів, полягає в тому, що інвестиції має бути оцінено на дату експропріації. Дата оцінки є важливою на практиці тому що вартість інвестицій коливається з часом через зміну ринкових умов, серед інші фактори.

Приблизно в середині 1980-х років у договірні формулювання почали додавати роз'яснення, що дата оцінки повинна бути «безпосередньо перед експропріацією» або до того, як майбутня експропріація «стала публічною знання» або до того, як експропріація була «публічно оголошена». У кожному випадку мета

пояснення полягало в тому, щоб запобігти компенсації, яка відображає зменшення ринкової вартості інвестиція в результаті публічної інформації про те, що інвестиція збирається бути експропрійована , отже, вони стануть значно менш цінними з точки зору потенційного покупця . Це

ціль чітко виражена в останніх договорах, які передбачають, що оцінка інвестиції «не відображати будь-яку зміну вартості, яка сталася через те, що про експропріацію стало відомо раніше».

Своєчасність компенсації

У деяких угодах формулювання договору зазвичай вимагає, щоб компенсація виплачувалася «без затримки».

пом'якшення цієї вимоги шляхом застереження про те, що не повинно бути «невиправданої затримки» або не виправданої уточнюючи, що «можуть бути юридичні та адміністративні процедури, яких потрібно дотримуватися до здійснення платежу».

Відсотки

У середині 1980-х років положення договору про компенсацію почали включати положення, які вимагали виплата відсотків у разі затримки між датою експропріації та датою компенсація. Мова щодо застосовної процентної ставки продовжує змінюватися, включаючи «звичайну».

Трибунали розуміли посилення на «комерційну» або «ринкову» відсоткову ставку як натяку складні відсотки, а не прості відсотки. Однак залишається значна розбіжність щодо відповідної процентної ставки. Враховуючи тривалість провадження ISDS,

розбіжності у процентній ставці, що застосовується від дати експропріації до дати платежу може призвести до дуже значних відмінностей у сумі, яку в кінцевому підсумку повинна сплатити держава.

Інвестиційна угода між АСЕАН та Індією передбачає «відповідний інтерес до переважаючої комерційної діяльності ставка», але вказує в пояснювальній записці, що для Камбоджі, Малайзії, М'янми, Філіппін, Таїланду та В'єтнаму, що «у разі затримки ставка та виплата відсотків компенсації для експропріації інвестицій інвесторів іншої Сторони визначається відповідно до їхні закони, нормативні акти та політика за умови, що такі закони, нормативні акти та політика застосовуються до а недискримінаційній основі».

Принципи, що регулюють компенсацію за порушення Інвестиційні положення, крім експропріації За винятком кількох винятків, які мають обмежене практичне значення³⁵, більшість інвестиційних договорів не містять положення, що стосуються компенсації за порушення інших положень договору. При відсутності текстові вказівки з самих договорів, трибунали спочатку намагалися сформулювати послідовний підхід до компенсації. Деякі дотримувалися консервативного підходу, обмежуючи компенсацію витратами

Багато інвестиційних договорів містять положення, які вимагають відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок війни, збройного конфлікту або національного надзвичайних ситуацій, наприклад, Угода між Урядом Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії та Уряд Об'єднаної Республіки Танзанія із заохочення та захисту інвестицій, Великобританія–Танц. На практиці такі положення відіграють невелику роль в інвестиційних спорах. Слід, однак, зазначити, що вони зазвичай вимагають, щоб іноземні інвестори отримували компенсацію на недискримінаційній основі, що може призвести до компенсації значно нижче «повне відшкодування» або справедлива ринкова вартість пошкоджених інвестицій.

Компенсація за інвестиційними договорами фактично понесених іноземним інвестором, і передбачає таку компенсацію за втручання за логікою, компенсація, яка не відповідає повній експропріації, має бути меншою, ніж необхідна компенсація

експропріація. Інші вважали, що принципи, які регулюють компенсацію за експропріацію слід поширити на порушення інших положень договору.

Протягом більше десяти років панувала думка, що суди повинні застосовувати міжнародні принципи закон, що регулює відшкодування за міжнародно-протиправні дії для визначення розміру компенсації за порушення інвестиційної угоди. Основний принцип полягає в тому, що «держава, відповідальна за зобов'язання здійснити повне відшкодування шкоди, завданої міжнародно-протиправним діянням». іншими словами, відповідальна держава повинна докладати зусиль, щоб «знищити всі наслідки незаконного діяти та відновлювати ситуацію, яка, ймовірно, існувала б, якби цього акту не було відданий».

На практиці це означає, що трибунали: запитайте, яким би, ймовірно, був фінансовий стан постраждалого [інвестора], якби протиправної дії чи бездіяльності з боку держави не було вчинено. Різниця між [цим] гіпотетична [позиція] і фактична фінансова ситуація [в якій знаходиться інвестор після порушення договору] дорівнює завданій шкоді, яка згідно з принцип повного відшкодування, має бути компенсовано в повному обсязі.

Відсотки за принципом «повного відшкодування»

Історично існували глибокі розбіжності щодо того, чи компенсація за порушення міжнародного закон повинен передбачати присудження відсотків і, якщо так, основу, на якій слід розраховувати відсотки.

2000 році коментарі до статей ІЛС пояснювали, що: Хоча тенденція міжнародних рішень і практики спрямована на більшу доступність інтерес як аспект повного відшкодування, потерпіла держава не має автоматичного права на сплата відсотків. [Щодо нарахування відсотків], загальний погляд на суди і трибунали були проти присудження складних відсотків.

За останні два десятиліття відбулася різка зміна цих поглядів в арбітражі інвестиційних договорів. там зараз серед інвестиційних трибуналів існує майже загальний консенсус щодо того, що принцип «повного відшкодування» вимагає додавання відсотків до суми належної компенсації з дати оцінки

до дати платежу, причому переважна більшість судів присуджує складні відсотки.

Компенсація за інвестиційними договорами
усталена практика означає, що будь-яка держава, яка все ще дотримується традиційної точки зору, що арбітраж трибунал повинен присуджувати лише прості відсотки, щоб чітко виключити присудження складних відсотків інтерес до тексту своїх інвестиційних договорів.⁴³

Блок 4. Приклад невідповідності: процентні ставки⁴⁴

Хоча переважна більшість інвестиційних трибуналів погодилися, що принцип «повного відшкодування» тягне за собою присудження складних відсотків, немає домовленості про належне відсоткова ставка. Порівняння трьох випадків, розглянутих в інших частинах цієї статті, ілюструє це невідповідність.

У справі Білкон проти Канади трибунал присудив складні відсотки за один рік Казначейства США

вексельна дохідність. Щоб поглянути на цю цифру в перспективі, на момент нагородження в січні 2019 року це було приблизно 2,6%. У справі Tethyan Copper проти Пакистану суд присудив складні відсотки

основна ставка США плюс додатковий 1%. Щоб поглянути на цю цифру в перспективі, у липні 2019 року в момент присудження премії основна ставка США становила 5,25%, тобто процентна ставка 6,25%.

У справі Фунекоттер проти Зімбабве суд присудив складні відсотки на пропозицію позивача

ставка 10% «на основі ставки LIBOR [Лондонська міжбанківська ставка] плюс політичний ризик». The

Трибунал не пояснив, як було отримано ці 10%. Здається, не в курсі що в квітні 2009 року, коли було винесено рішення, ставка LIBOR в євро на один місяць

(відповідна базова ставка) становила лише 1%.

Як видно, кожен із цих трибуналів визначав відсоткову ставку на основі ринкової ставки позики

у твердій валюті (або доларах США, або євро), тим самим надаючи їхньому рішенню вигляд об'єктивності. однак,

кожен використовував ставку з іншого типу фінансового ринку, на якому інший тип позичальника

отримує кошти від кредитора іншого типу. Кожен із цих трибуналів також приймав різні рішення

перевірити, чи слід додати деяку додаткову маржу до базової ставки. Оскільки

наслідки цих розбіжностей поєднуються з часом, вони можуть мати значний практичний вплив вплив на суму, яку має сплатити уряд.

Чи є різниця між «справедливою ринковою вартістю»

Принцип і принцип «повного відшкодування»?

Ми бачили, що поточна арбітражна практика щодо компенсації організована відповідно до двох основних

принципи: принцип компенсації справедливої ринкової вартості відчуження та принцип «повної

відшкодування» за порушення інших положень інвестиційних договорів.

Теоретично вибір між

два принципи можуть призвести до різних результатів на основі тих самих фактів.

Ставки високі: огляд фінансових витрат арбітражного розгляду інвестиційної угоди. Міжнародний

Інститут сталого розвитку

арбітраж

Однією ситуацією, в якій суд може зіткнутися з вибором між двома принципами, є:

випадку «незаконної» експропріації. З одного боку, слід використовувати принцип справедливої ринкової вартості

розрахувати компенсацію за всі експропріації. Однак, з іншого погляду, справедлива ринкова вартість

стандарт застосовується лише в тому випадку, якщо експропріація здійснюється відповідно до вимог договору. НАС.

ВІТ, наприклад, вимагають проведення експропріації:

для громадських цілей;

на недискримінаційній основі;

про виплату швидкої, адекватної та ефективною компенсації; і

відповідно до належної правової процедури.⁴⁶

Відповідно до другої точки зору, експропріація, яка не була здійснена згідно з належним

судовий процес слід характеризувати як «незаконну» експропріацію в порушення договору,

запровадження права на компенсацію відповідно до принципу повного відшкодування. Дебати

між цими поглядами зачаровує юристів і вчених-юристів, відволікаючи увагу від більшого

важливі питання про принципи, які повинні регулювати компенсацію за інвестиційними договорами.

На практиці суди неодноразово підкреслювали, що застосування того чи іншого принципу—справедливе

принцип ринкової вартості або принцип повного відшкодування призведе до подібних, навіть ідентичних результатів засновані на тих самих фактах. Причини подібності легко зрозуміти. Якщо держава порушує договір призводить до знищення інвестиції, тоді вимагається принцип «повного відшкодування».

компенсація, яка ставить інвестора в становище, еквівалентне тому, в якому він був би

якби інвестиція не була знищена, тобто надати компенсацію, рівну справедливому ринку

вартість інвестицій. Це змусило багато судів розглядати два набори принципів як істотні

взаємозамінними, таким чином уникаючи необхідності вирішувати теоретичні дебати щодо того, який набір принципів застосовується.

У цьому розділі коротко розглядається вибір між принципом справедливої ринкової вартості та повною

принцип відшкодування може мати практичні наслідки. Це:

1) ситуації, коли іноземний інвестор продовжує володіти і управляти інвестицією

2) ситуації, в яких порушення договору носить процесуальний характер

3) вибір дати оцінки.

Це обговорення дещо технічне

розуміння цієї статті можна сміливо перейти до

Найбільш очевидною ситуацією, у якій обидва принципи розходяться, є те, де продовжується іноземний інвестор

володіти та керувати інвестиціями, незважаючи на порушення державою-учасником інвестиційної угоди.

У таких ситуаціях присудження компенсації дорівнює повній ринковій вартості інвестицій

Компенсація за інвестиційними договорами

призводять до ситуації, коли немає причинно-наслідкового зв'язку між порушенням і сумою

присуджена компенсація — інвестор отримує компенсацію за повну вартість інвестицій,

Друга ситуація, коли принципи розходяться, виникає, коли порушення договору є процесуальним

в характері. Принцип повного відшкодування зосереджує увагу суду на розмірі збитки для інвестора, спричинені порушенням приймаючою державою інвестиційного договору. Вимога

причинно-наслідковий зв'язок логічно впливає з принципу, що компенсація повинна поставити інвестора в а

положення, еквівалентне тому, яке було б у «якби» держава порушила договір. На цьому суди визнали, що принцип «повного відшкодування» забезпечує більш гнучку основу для визначення компенсації у випадках, коли приймаюча держава порушила інвестиційний договір процесуальний характер.

Розгляньмо справу Білкон проти Канади. У цій справі суд постановив, що екологічні процес оцінки запропонованого інвестором гравійного кар'єру проводився несправедливо інвестору, тим самим порушуючи положення NAFTA про справедливий і справедливий режим щодо його інвестицій розділ. У своєму рішенні щодо компенсації трибунал підкреслив, що інвестиції не будуть обов'язково були схвалені, навіть якщо було проведено процес екологічної оцінки справедливо. Натомість суд пояснив, що інвестор втратив можливість отримати інвестиції оцінено справедливо, і пов'язану з цим можливість схвалення інвестиції. На цій підставі це розраховується компенсація шляхом визначення «цінності можливості мати екологічну вплив інвестицій оцінено справедливим і не довільним чином».50

Третя практична відмінність між двома принципами стосується дати оцінки. Умови інвестиційні договори визначають, що при розрахунку компенсації за експропріацію дата оцінки є датою експропріації. Навпаки, суди постановили, що дата оцінки згідно принципом повного відшкодування є дата арбітражного рішення.⁵² Один із потенційних наслідків цього відмінність полягає в тому, що визначення компенсації за принципом «повного відшкодування» відображає нова інформація та зміни в обставинах, що відбулися між датою укладення договору порушено та дату нагородження. В принципі, беручи нову інформацію і змінилися обставини до дати нагородження може працювати на користь або приймаючої держави, або іноземний інвестор. На практиці, однак, арбітражні суди, здається, набагато більш охоче беруть до уваги зміни, що відбуваються після дати порушення договору, якщо їх вплив полягає в посиленні

компенсація, що належить інвестору. У справі ЮКОСу трибунал чітко вказав на цю практику, дозволяючи позивачу вибрати більш сприятливу з дати експропріації та дати премія як дата оцінки.

Трибунали час від часу вирішували цю проблему, присуджуючи компенсацію на основі «повної ринкової вартості» в поєднанні з розпорядитися, щоб інвестор передав право власності на інвестиції державі, див., наприклад, Компенсація за інвестиційними договорами

Доктрини, що застосовуються для зменшення компенсації На додаток до основних принципів, що регулюють компенсацію за інвестиційними договорами, існують принципи, на які може посилатися приймаюча держава для зменшення компенсації, а також можливість (у теорія), що суд може присудити негрошовий засіб правового захисту замість компенсації. Цей розділ розглядає три такі принципи:

Недбалість з боку інвестора.

Порушення інвестором юридичного зобов'язання перед приймаючою державою, яке може бути обмеженим обставини, складають основу зустрічного позову з боку приймаючої держави. Реституція як альтернатива компенсації.

Важливо підкреслити, що ці доктрини відіграють периферійну роль в арбітражній практиці. Вони мають були застосовані лише в кількох випадках і доповнюють, а не замінюють основні принципи описані вище. Вони не вирішують належним чином проблеми щодо основних керівних принципів компенсацію з причин, які пояснюються нижче.

Співучасна недбалість

Принцип співучасної недбалості (також відомий як співучасна вина) був застосований інвестиційні трибунали для зменшення суми відшкодування збитків, присудженої позивачу, якщо позивач власна поведінка сприяла понесеним збиткам. Застосовуючи цей принцип, як правило, суди керуючись статтями ІІС та використали двосторонній тест, вимагаючи поведінки позивача бути «умисним або недбалим» і спричинити «матеріальний і значний»⁵⁶ внесок у власну втрату. Трибунали визнали, що застосування цього принципу є дискреційним.

У справі МТД проти Чилі трибунал здійснив відрахування 50% від компенсації, яку заборгувала Чилі через

неспроможність інвестора належним чином розслідувати існуючі раніше правила в країні, які перешкоджали інвестор від використання його землі так, як він сподівався.⁵⁸ У справі Оксиденталь проти Еквадору трибунал зменшив компенсація на через вину у передачі своїх прав на договір концесії третій стороні, порушуючи чітку заборону на таку передачу прав без згоди Еквадору. У справі «ЮКОС проти Росії» (та у пов'язаних справах, пов'язаних із націоналізації, включаючи Халлі проти Росії), трибунал зменшив компенсацію на через агресивні стратегії позивача щодо ухилення від сплати податків, які були визнані зловживаннями та незаконними. Парадоксально, але можливість коригування компенсації в бік зменшення за рахунок інвесторів недбалість може збільшити ймовірність того, що суди визнають, що угоду було порушено. Це пояснюється тим, що доктрина недбалості, пов'язаної з внесками, спонукає суди розглядати справу інвестора Це нав'язно мистецтвом. 39 статей КМП 2001 р.: «При визначенні відшкодування враховується внесок у шкода внаслідок навмисної чи недбалої дії чи бездіяльності потерпілої держави або будь-якої фізичної чи юридичної особи, щодо якої вимагається відшкодування».

Розділ 5

Захист іноземних інвестицій під час збройних конфліктів

За останні два десятиліття кількість арбітражних спорів між інвесторами та державами за міжнародними інвестиційними договорами зросла в геометричній прогресії. ЮНКТАД повідомляє про 357 відомих зареєстрованих випадків на кінець 2009 року; з них 202 справи, або 57 відсотків, були розпочаті після 2004 року.

Незалежні інвестиційні трибунали тепер регулярно виносять обов'язкові рішення щодо того, чи порушили держави стандарти захисту інвестицій, гарантовані різними двосторонніми та багатосторонніми інвестиційними угодами — явище, яке перетворило міжнародне інвестиційне право в одну з найбільш динамічних галузей міжнародного публічного права.

Однак у той час як увага все більше зосереджується на стандартах захисту інвестицій, закріплених у міжнародних інвестиційних договорах, відносно мало обговорюється взаємодія між міжнародним інвестиційним правом та іншими підгалузями міжнародного права. Але замість того, щоб діяти у вакуумі, міжнародне інвестиційне право має важливі наслідки для інших норм міжнародного права, включаючи право прав людини, право міжнародної торгівлі та джерела регіонального права, наприклад право Європейського Союзу, і на нього впливають інші норми. .

У цьому короткому есе розглядається один взаємозв'язок, який є особливо актуальним з огляду на нинішні заворушення в деяких частинах Близького Сходу та Північної Африки: законодавство про іноземні інвестиції та право, що застосовується до збройних конфліктів. Жодних остаточних висновків не буде зроблено; скоріше ця стаття спрямована на те, щоб викласти питання для подальшого обговорення.

Стандарт «повного захисту та безпеки».

Немає явного або прямого зв'язку між міжнародним інвестиційним правом і правом, яке застосовується в ситуаціях збройних конфліктів або військових дій. Однак правила щодо захисту іноземних інвесторів не призупиняються автоматично, як тільки вибухає збройний конфлікт; Навпаки, двосторонні інвестиційні договори (ВІТ) часто містять положення, які стосуються саме таких ситуацій, які часто називають «повним захистом і безпекою» або «постійним захистом і безпекою». Ці положення застосовувалися та тлумачилися арбітражними судами. У справі *Amco Asia проти Республіки Індонезія* місцевий партнер інвестора (PT Wisma) силою захопив інвестиційний проект за допомогою збройних сил Індонезії. Трибунал вирішив, що хоча насильницьке поглинання не було приписувано Індонезії, воно все одно порушувало свої міжнародні зобов'язання, оскільки не змогло захистити інвестора від такого поглинання громадянами Індонезії. Також у справі *АМТ проти Заїру* трибунал постановив, що Заїр порушив свої зобов'язання, не запобігши розкраданню інвестицій збройними силами.

Примітно, що тлумачення положень про повний захист і безпеку було розширено за межі фізичної безпеки, щоб гарантувати певний ступінь юридичної безпеки. Приклади включають справи *СМЕ проти Чеської Республіки* та *Lauder проти Чеської Республіки*, де обидві комісії оцінювали ті самі факти (розірвання контракту), дійшли різних висновків, але погодилися, що стандарт повного захисту та безпеки включає захист законних прав, включаючи доступ до судової системи. Однак цей стандарт лише передбачає належну обачність і не накладає абсолютної відповідальності. Більше того, під час збройного конфлікту іноземні інвестори також можуть бути захищені згідно з іншими зобов'язаннями інвестиційного договору, наприклад, щодо експропріації чи національного режиму — залежно від формулювання відповідного ДІТ.

Колізія норм: захист інвесторів чи право збройного конфлікту має перевагу?

Міжнародне інвестиційне право містить напругу між його існуванням що базується переважно на договорі, та його претензією бути проекцією принципів загального міжнародного права. Це справді відповідає внутрішній логіці міжнародного інвестиційного права, що слід очікувати, що лише ті норми захисту інвестицій, які повинні поступатися праву збройних конфліктів, будуть поступатися. Тим не менш, у міжнародному правопорядку, де навіть деякі основні права людини стають предметом відступу в ситуаціях збройного конфлікту, неминуче повинні бути поставлені певні питання. Це правда, що міжнародне інвестиційне право виходить за межі свого походження як переважно самодостатнього режиму; і справді, є сфери, в яких інвестиційне право значною мірою запозичило за аналогією з міжнародного гуманітарного права, наприклад захист іноземців. Проте вплив збройних конфліктів на загальне міжнародне право (і, зокрема, право договорів) залишається суттєвим, і існує широка практика поза межами інвестиційного права, яка пояснює вплив гуманітарного права на загальне міжнародне право. Таким чином, будь-яке

твердження про продовження застосування інвестиційного права в ситуаціях, коли міжнародне гуманітарне право замінює загальне міжнародне право, має розглядатися з певною дозою скептицизму.

Виняткові обставини: необхідність і форс-мажор

Згідно з міжнародними нормами про відповідальність держав, держави можуть виправдовувати «міжнародно-протиправну поведінку», покладаючись на обставини, які виключають таку протиправність, зокрема «необхідність» і форс-мажорні обставини. Ці загальні міжнародно-правові обґрунтування також застосовуються в контексті міжнародного інвестиційного права. У справі AAPL проти Шрі-Ланки[6] трибунал, зокрема, оцінив військову необхідність під час розгляду дій сил безпеки Шрі-Ланки під час проведення операції проти повстанців, під час якої було знищено інвестицію (креветкову ферму). Тим не менш, трибунал постановив, що сила, розгорнута збройними силами, була надмірною, і визнав відповідальною Шрі-Ланку.

На необхідність також посилялися у справах про економічні кризи, таких як CMS проти Аргентини, Enron проти Аргентини, LG&E проти Аргентини та Sempra проти Аргентини. Однак суди дуже неохоче приймали таке обґрунтування, за винятком суду LG&E (процедура анулювання все ще очікує). Нарешті, навіть якщо суд приймає виправдання «необхідності» або форс-мажорних обставин, це не обов'язково звільняє державу-відповідача від сплати компенсації за матеріальні збитки або виключає протиправність порушення імперативних норм загального міжнародного права, незалежно від того, чи є поведінка урядом, що йде, або повстанським рухом, який формує новий уряд, відповідно до принципу безперервності держави.

Без прав без обов'язків: коли інвестори беруть участь у збройному конфлікті
Зосередження лише на захисті інвесторів під час збройного конфлікту висвітлює лише частину картини; Важливо, що інтереси громадянських спільнот, які постраждали від збройного конфлікту, також повинні бути захищені. Ці спільноти потребують захисту не лише від безпосередніх наслідків збройного конфлікту, а й від осіб чи організацій, які тягнуть за ниточку, оскільки переважна більшість сучасних збройних конфліктів якщо не базується, то принаймні тісно пов'язана з економічними інтересами воюючих сторін. Бізнес-корпорації, які підтримують торговельні відносини з партнерськими групами або організаціями, які водночас беруть участь у (внутрішніх) збройних конфліктах, можуть стати опосередковано залученими до вчинення серйозних злочинів. Через надання фінансових ресурсів регіональним збройним групам, наприклад, експлуатацію природних ресурсів у зонах конфлікту, міжнародні бізнесмени можуть навіть нести кримінальну відповідальність, якщо вони знають, що їхні ресурси також використовуються для забезпечення цих збройних груп зброєю, яка згодом використовується проти цивільного населення. Вчинені злочини можуть становити міжнародні злочини, такі як військові злочини, злочини проти людяності чи навіть геноцид. У таких (екстремальних) випадках корпоративні суб'єкти можуть навіть потрапити під

пильну увагу Міжнародного кримінального суду за їх участь у таких злочинах, якщо індивідуальна кримінальна відповідальність особи осіб

Висновок: найбільш важливий матеріал, зібрано в даній роботі.

Мета роботи, зрозуміти і систематизувати найважливіші нюанси міжнародного інвестиційного права, для подальшого використання на практиці.

Об'єктом дослідження є, основоположна теоретична інформація, яка

Опрацьовується для подальшої систематизації, і висловлення власної думки.

Предметом дослідження є, міжнародне фінансове право

Список використаних джерел.

1. на стор 270ст. і далі. BP Exploration Company проти Лівії,
2. 10 жовтня 1973 р., *Revue de l'Arbitrage* 1980, 117ст;
3. *Texasco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company* проти Лівії, 19 січня 1977 р., 104ст.
4. (1977); *Libyan American Oil Company (Liamco)* проти Лівії, 12 квітня 1977 р., *Revue de l'Arbitrage* 1980, 132ст, 350ст.
5. «Прагнення до стабільності в міжнародних енергетичних інвестиційних контрактах: Критична оцінка нових тенденцій», 121ст.
6. Гаазька академія міжнародного права. 128ст, 1969.
7. *Mélanges Ch. Руссо*, 1974, 301ст.
8. Див. французьке міжнародне приватне право, 1967, 209ст.
9. *Inceysa Vallisoletana*, проти Республіки Ель-Сальвадор, 220ст.
10. *International and Comparative Law Quarterly* 1952, 247ст.
11. справа «Соабі проти Сенегалу», № ARB/82/1, 25 лютого 1988 р.
12. *Sapphire International Petroleum Ltd.* проти Національної іранської нафтової компанії, 15 березня 1963 р., *Annuaire Suisse de droit international*, 1962, 287ст.
13. Див. французькою мовою P. L. Frier and J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 351ст
14. Англійською мовою: L. Brown and J. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press (1998), pp. 202ст.
15. Юрисдикція судів Данціга, консультативний висновок, 3 березня 1928 р., серія В, № 15, ст 17.
16. Goldman, «Frontières du droit et "lex mercatoria"», *Archives de philosophie du droit* (1964), ст. 177;
- К. М. Шмітхоф, «Право міжнародної торгівлі, його розвиток, формулювання та дія: джерела права міжнародної торгівлі», у К. М. Шмітхоф, *Джерела права міжнародної торгівлі*, Praeger (ред.) (1964), стор. 3-10.
17. Проект конвенції про захист іноземної власності, (1968).
18. ЮНКТАД, *Міжнародне інвестування Нормотворення: аналіз, виклики та шлях вперед*, Женева, Публікації ООН (2008), ст. 110.
19. ЮНКТАД, *World Investment Report 2014*, ст.114.

20. Asian Agricultural Products Ltd. проти Республіки Шрі-Ланка, 27 червня. 1990, 580ст.
21. J. Paulsson, «Арбітраж без таємниці», (1995) 285ст.
22. Southern Pacific Properties (SPP) проти Єгипту, 14 квітня 1988 ст. 220. Сорнараджа, М. (2010). Міжнародне право про іноземні інвестиції (3-є видання). Cambridge University Press, 209.
23. Кувейтсько-іракський договір (1964), ст.4.
- 24 Південнокорейсько-бельгійсько-люксембурзький економічний союз (1974), ст. 5.
25. договір між Казахстаном і Сінгапуром (2018), ст. 6, .
26. договір Великобританія – Йорданія (1979), ст. 4.
27. договір Південна Корея – Польща (1989), ст. 6.
28. договір Нідерланди – Шрі-Ланка (1984), ст. 6.
29. договір Туреччина – Судан (1999),ст.6.
30. Ріпінський, С., Вільямс, К. (2008). Збитки в міжнародному інвестиційному праві. Британський інститут міжнародного та порівняльного права,ст. 79.
31. договір Канада – Кот-д'Івуар (2014), ст. 10, .
32. Див., наприклад, ДІТ між Китаєм і Ганою (1989), ст. 4,
33. Gas Transmission Company проти Республіки Аргентина, справа ICSID № ARB/01/8, остаточне рішення, пункт. 402 (12 травня 2005 р.);
34. Reisman, W. M. (2004). Непряма експропріація та її оцінка в генерації ВІТ. Британський щорічник міжнародного права,ст. 75-138.
35. Договір Німеччина–Габон (1969), ст. 3.
36. Договір Нідерланди – Шрі-Ланка (1984), ст. 6.
37. Великобританія – Пакистан (1994), ст. 5. (30 листопада 1994 р.).
38. Рамкова угода про всебічне економічне співробітництво між Асоціацією держав Південно-Східної Азії та Індія, (2014), ст. 8,
39. ю договір Канада–Берег Слонової Кістки (2014), ст. 10.
40. Тайдуотер проти Юнайтед Венесуела, ICISD Справа №. ARB/10/5, Award, 13 березня 2015 р., ст. 208.
41. справа Copper Mesa Mining Corporation проти Республіки Еквадор, PCA № 2012-2, рішення, пункт (15 березня 2016 р.)
42. Burlington Resources Inc. проти Республіки Еквадор, справа № ARB/08/5, (7 лютого, 2017).
43. справа Спиридон Руссаліс проти Румунії, справа № ARB/06/1, рішення, пункт. 864 (7 грудня 2011).
44. Investments V.V. проти Чеської Республіки, ЮНСІТРАЛ, Рішення щодо юрисдикції за зустрічним позовом Чеської Республіки, (7 травня 2004 р.).
45. Справа проти Аргентинської Республіки, справа ICSID № ARB/09/1, рішення.7 (липня 21, 2017).

46. C. Schreuer, «Full Protection and Security», J.IDS (2010) ст 1–17.
47. Корпорація Amco Asia та інші проти Республіки Індонезія, рішення від 20 листопада 1984 р.
48. Рішення Нідерландів проти Чеської Республіки, часткове рішення, 17 березня 2006 р.
49. Eastern Sugar проти Чеської Республіки, часткове рішення, 27 березня 2007 р.
50. проти Заїру, Арбітраж, 21 лютого 1997 р., ст. 11.
51. рішення проти Чеської Республіки, Часткове рішення, 13 вересня 2001 р
52. Рональд С. Лаудер проти Чеської Республіки, рішення від 3 вересня 2001 р.