

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ФАКУЛЬТЕТ МІЖНАРОДНИХ ВІДНОСИН
Кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства

ДОПУСТИТИ ДО ЗАХИСТУ

Завідувач кафедри

_____ Р.О. МАКСИМОВИЧ

« ____ » _____ 2022 р.

ДИПЛОМНА РОБОТА
(ПОЯСНЮВАЛЬНА ЗАПИСКА)
ВИПУСКНИКА ОСВІТНЬОГО СТУПЕНЯ
«МАГІСТР»
спеціальності 293 «Міжнародне право»

Тема: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В
ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Виконавець: Никифорок Микола Миколайович

Науковий керівник: д.ю.н., професор Мушак Наталія Богданівна

Нормоконтролер: викладач Головатенко Марина Юріївна

Київ, 2022

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ТА ПОНЯТТЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ЄС.....	6
1.1 Історія розвитку регулювання інвестиційної діяльності в ЄС.....	6
1.2 Поняття інвестицій та інвестиційної діяльності за законодавством ЄС...	12
РОЗДІЛ 2. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙ У ЄС.....	20
2.1 Вплив Achmea на внутрішні ДІД держав-членів ЄС.....	20
2.2 Інвестиційні договори з третіми країнами.....	27
2.3 Характеристика Регламенту ЄС про перевірку прямих іноземних інвестицій.....	32
РОЗДІЛ 3. ВИРІШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ.....	39
3.1 Virішення спорів за інвестиційними договорами ЄС.....	39
3.2 Система інвестиційних судів та проект Міжнародного інвестиційного трибуналу.....	45
ВИСНОВКИ.....	51
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	54

ВСТУП

Актуальність теми. В сучасній світовій економіці інвестиції відіграють надзвичайно важливу роль. В даний час у всьому світі велика увага приділяється законодавству та міжнародним угодам, які спрямовані на вдосконалення розвитку ринку фінансових послуг, спрощення інвестиційних процесів, та захисту цих інвестицій.

З моменту заснування ЄС норми, що регулюють інвестиційну політику сильно розвинулись. Донедавна, питання, пов'язані з інвестиціями, не включалися до первинного законодавства ЄС та регулювалися на двосторонніми інвестиційними договорами держав членів. Однак після набрання чинності Лісабонським договором інвестиційна політика перейшла до виключної компетенції ЄС у зв'язку з чим поступово ЄС поступово почав відігравати все більшу роль, укладати інвестиційні договори з інноваційними положеннями, а ДДД держав-членів почали відходити на задній план.

Більше того, у зв'язку із набуттям Україною статусу країни-кандидата на вступ до ЄС, вивчення здійснення інвестиційної діяльності всередині ЄС та ЄС з третіми країнами особливо актуалізується. Є перспективи того, що найближчими роками вирішення спорів за новими інвестиційними договорами ЄС стане для України новою правовою реальністю.

Під час здійснення дослідження було проаналізовано низку науково-правових публікацій, що присвячені проблематиці регулюванню інвестиційної діяльності. Основними науковими працями, що були покладенні в основу магістерської роботи є наукові роботи таких авторів: Р. Бойчук, Д. Роветта, Т. Кетрін, С. Флоріан, А. Демопулос, Д. Овердуйн та інших науковців, правників.

Метою роботи є дослідження правового регулювання інвестиційної діяльності в ЄС.

- Досягнення мети здійснювалось шляхом вирішення наступних **завдань**:
- Проаналізувати історію розвитку регулювання інвестиційної діяльності в ЄС4

- Дати визначення поняттю інвестицій та інвестиційної діяльності за законодавством ЄС;
- Проаналізувати зміни в що сталися щодо інвестиційних договорів, що укладаються всередині ЄС;
- Дослідити інвестиційні договори ЄС з третіми країнами;
- Дати характеристику Регламенту ЄС про перевірку прямих іноземних інвестицій;
- Проаналізувати процедури вирішення спорів за інвестиційними договорами ЄС;
- Дослідити система інвестиційних судів; та
- Дослідити проект Міжнародного інвестиційного трибуналу.

Об'єктом дослідження роботи виступають суспільні відносини, що виникають під час здійснення інвестиційної діяльності.

Предметом дослідження роботи є регулювання Європейським Союзом інвестиційної діяльності.

Методологічну основу роботи склали філософські, загальнонаукові та спеціальні методи, які у своєму органічному поєднанні допомогли досягти виконання поставлених завдань.

Світоглядно-методологічним підґрунтям дослідження послуговував історичний метод в поєднанні із логічним для виявлення закономірностей виникнення і законодавчого закріплення регулювання інвестиційної діяльності в ЄС.

Серед загальнонаукових методів важливу роль відіграв системно-структурний метод, який був використаний в роботі для дослідження системи норм ЄС, що регулюють інвестиційну діяльності.

Особливого значення у дослідженні набули спеціально-наукові методи, зокрема: метод тлумачення юридичних норм, використаний для дослідження змісту первинного та вторинного законодавства ЄС, порівняльно- правовий метод, застосований, зокрема, для визначення спільного й відмінного у регулювання інвестиційної діяльності за різними договорами ЄС.

Теоретичне та практичне значення. Особливо слід зазначити, що становлення та розвиток інвестиційного права України здійснювалося ретельного вивчення та запозичення досвіду розвинених країн і насамперед Європейського Союзу. Отже, докладне вивчення нововведень нормативної системи, що регулює інвестиційну діяльність у ЄС, пов'язаних з набуттям чинності Лісабонським договором та укладенням інвестиційних угод нового покоління, дуже актуальне та корисне для визначення напрямів подальшого розвитку законодавства в галузі регулювання іноземних інвестицій та інвестиційних угод України.

Апробація результатів дослідження. Окремі наукові результати дослідження були апробовані та опубліковані у межах наступних науково-практичних конференцій, круглих столів та семінарів:

- «Інвестиційні договори ЄС з третіми країнами» (Круглий стіл «Європейські стандарти освітніх програм», 10.11.2022, НАУ).
- Загальна характеристика Регламенту ЄС про перевірку прямих іноземних інвестицій (Збірник наукових матеріалів ХСVIII міжнародної науково-практичної інтернет – конференції «Розвиток Української науки та техніки під час військового стану» м. Харків 03.10.2022)

Структура роботи. Робота складається зі вступу, трьох основних розділів, що взаємопов'язані між собою, які розподілені на сім підрозділів, висновку та списку використаних джерел. Загальний обсяг роботи складається з ___ сторінок.

РОЗДІЛ 1. ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ТА ПОНЯТТЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ЄС

1.1 Історія розвитку регулювання інвестиційної діяльності в ЄС

Держави не можуть розвивати економіку без залучення та ефективного використання інвестицій. Шляхом накопичення приватного, державного та іноземного капіталів та через забезпечення доступу до сучасних технологій інвестиції не лише сприяють формуванню національних інвестиційних ринків, але й позитивно впливають на динаміку ринків товарів та послуг.

Європейський Союз є лідером серед реципієнтів іноземних інвестицій, а країни-члени Європейського союзу (ЄС) є одними з найбільш плідних у світі учасників переговорів щодо укладання договорів: майже половина всіх укладених двосторонніх інвестиційних договорів (ДІД) включає країну-члена ЄС як одну з сторін [1, с. 5]. Правова система Європейського Союзу є унікальним прикладом для вивчення досвіду розвитку такого економіко-політичного союзу, зокрема в питаннях залучення інвестицій.

В умовах глобалізації національний економічний розвиток залежить від конкурентоздатності національного законодавства у створенні дієвих механізмів забезпечення, з однієї сторони, вільного руху капіталів, створення сприятливого інвестиційного клімату, а з іншої, забезпечення дієвих механізмів захисту національних інтересів [2, с. 22].

Поступовий підхід до створення Європейського союзу сьогодні, початком його можна вважати підписання «Договору про створення Європейського економічного співтовариства» у Римі 25 березня 1957 року. У своїй преамбулі договір затверджував, що держави-засновниці визначені такими, кому належить закласти підвалини нового тісного союзу народів Європи [3].

«Натхненні наміром спільними діями сприяти економічному й соціальному поступові своїх країн, щоб ліквідувати бар'єри, що ділять Європу, визнаючи головну мету своїх зусиль – стале поліпшення умов життя та праці своїх народів,

визнаючи, що усунення наявних перешкод потребує узгоджених дій, щоб гарантувати постійний розвиток, збалансовану торгівлю та чесну конкуренцію, бажаючи сприяти, через спільну торгівельну політику, поступовому скасовуванню обмежень міжнародної торгівлі, Високі договірні сторони заснували Європейські Спільноту» [3].

Відповідно до ст. 2 Римського договору завданням Спільноти було і залишається поширювати в межах усієї Спільноти «гармонійний, збалансований і стабільний розвиток економічної діяльності, високий рівень зайнятості й соціального захисту, рівність жінок і чоловіків, стабільне та безінфляційне зростання, високий рівень конкурентоспроможності й конвергенції економічних показників, високий рівень захисту й поліпшення стану довкілля, підвищення рівня та якості життя, економічну й соціальну згуртованість та солідарність держав-членів» [3]. Дані положення є актуальними і по сей день і залишаються без змін у Договорі.

Римський договір спочатку був розрахований виключно на свободу переміщення капіталів, однак згодом, після 12-тирічного перехідного режиму було застосовано ще 3 свободи переміщення, а саме робочої сили, послуг, та капіталу. Дійсно, як помічає Р. Бойчук термін «інвестиції» дійсно не згадується у Римському Договорі, але загально визнано, що інвестиції складають підклас переміщення капіталів, про що буде більш детально сказано в розділі 2 даної роботи [4].

Необхідно зазначити, що однією із основних цілей щодо інвестицій в Європейському Союзі було створення рамок, які дозволяють вільне пересування та недискримінаційне ставлення до інвесторів. Вільний рух капіталу та інституційні свободи, які становлять основу спільного ринку, мали на меті створити вільний режим іноземних інвестицій між державами-членами ЄЕС, де європейські інвестори могли б вільно вирішувати, куди інвестувати і бути впевненими, що їхні інвестиції будуть захищеними. Процес європейської інтеграції, що характеризується створенням внутрішнього ринку, призвів до розробки загальних правил, що охоплюють ключові аспекти іноземних інвестицій у різних секторах.

Використовуючи заходи гармонізації та взаємного визнання, ЄС створив загальні правила для полегшення діяльності іноземних інвесторів [5].

Захист прав інвесторів став однією з цінностей ЄС. Це закріпив Єдиний європейський акт від 17 лютого 1986 року, який ввів значні зміни до Римського договору, відкривши шлях до формування єдиного ринку [6]. Договір про функціонування ЄС (ДФЄС) визначає порядок функціонування Союзу та створення сфери, межі та механізми здійснення його повноважень. Згідно з статті 39 ДФЄС в межах Спільноти - належить забезпечувати свободу пересування працівників. Свобода пересування веде до скасування будь-якої дискримінації на підставі державної належності працівників держав-членів у питаннях зайнятості, оплати праці та інших умов праці й зайнятості [7].

У ст. 47 Римського Договору запроваджено норми, що повинні полегшити особам започаткування та ведення самостійної підприємницької діяльності, «Раді...належить видати директиви про взаємне визнання дипломів, сертифікатів та інших документів, що засвідчують кваліфікацію. На ті самі цілі Раді ... належить видати директиви про координацію положень, закладених у законах, підзаконних чи адміністративних актах держав-членів про започатковування та ведення самостійної діяльності. Раді ...належить приймати рішення про директиви, виконання яких охоплює зміни принаймні в одній державі-члені наявних правових принципів, що регулюють професії, стосовно навчання та доступу до них фізичних осіб. В інших випадках Раді належить діяти кваліфікованою більшістю» [3].

Також у Договорі йдеться, що «заходи та процедури, зазначені в частинах першій та другій, не повинні становити засобу свавільної дискримінації чи прихованого обмеження вільного пересування капіталу та платежів» [3].

Хоч Маастрихтський та Амстердамські договори не внесли суттєвих змін до правового регулювання інвестиційної діяльності в ЄС. Але необхідно відмітити, що на міжурядових конференціях держав-членів щодо Маастрихтського договору торкнувся правових компетенцій ЄС у галузі міжнародної інвестиційної політики у контексті переговорів щодо глав Маастрихтського договору про Спільну торговельну політику (СТП) та вільного руху капіталу. У той час як Комісія не

досягла успіху у своїй спробі затвердити компетенцію в галузі міжнародного інвестиційного регулювання на переговорах щодо СТП. Таким чином, на цей момент первинне законодавство ЄС не містило норм, які б регулювали інвестиційну діяльність. Право регулювати прямі інвестиції було компетенцією держав-членів ЄС [5, с.3].

Таким чином, держави-члени ЄС уклали близько 1400 ДІД, що, становить половину всіх ДІД у світі [8, с. 5]. ДІД країн-членів ЄС містять деякі з останніх залишків лібералізму *laissez-faire* міжнародного економічного права (доктрина, яка виступає проти втручання держави в економічні справи понад необхідний мінімум). Здебільшого це короткі інструменти, що односторонньо орієнтовані на захист інвестицій і не включають винятків щодо основних питань безпеки, прав людини, навколишнього середовища або інших суспільних інтересів [9, с. 50].

Проте, ЄС вже на цьому етапі, ґрунтуючись на розрізних та обмежених повноваженнях, ЄС уже намагався сформулювати свою власну, відмітну політику в галузі іноземних інвестицій, поступово «втручаючись» у повноваження держав-членів у цій галузі. Використовуючи правові інструменти, доступні в Договорі про ЄС, Союз сформулював правову базу для іноземних інвестицій та уклав Міжнародні інвестиційні угоди ЄС, зосередившись спочатку на сферах, не охоплених міжнародними угодами держав-членів [10, с. 225]. Не ставлячи під сумнів повноваження держав-членів, Комісія вважала, що політика ЄС у галузі іноземних інвестицій доповнює політику держав-членів, включивши до неї положення з питань, які не були охоплені ДІД держав-членів, таким як рух капіталу та заохочення інвестицій як одного з напрямів співробітництва з метою розвитку.

Після розширення сфери компетенції Співтовариства, особливо в галузі Спільної торговельної політики ЄС, а також здійснення його компетенції на внутрішньому ринку, зовнішня інвестиційна політика ЄС поступово поширювалася і на інші сфери регулювання іноземних інвестицій [11, с. 747]. ЄС була піонером у введенні норм, пов'язаних з інвестиціями, у багатосторонні угоди, такі як Угода про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи та Генеральну угоду з торгівлі послугами в рамках СОТ. За поступовим посиленням зовнішніх

повноважень ЄС стався непрямий, але постійний сумнів щодо обсягу та здійснення повноважень держав-членів у галузі іноземних інвестицій, що свідчить про факт внутрішньої боротьби за владу між ЄС та його державами-членами в галузі іноземних інвестицій [11, с. 749].

Незважаючи на створення правової бази для інвестицій всередині ЄС, а також формування окремої інвестиційної політики ЄС спочатку не був ключовим гравцем у міжнародному співтоваристві в галузі міжнародного регулювання іноземних інвестицій. Враховуючи, що ЄС є наднаціональною організацією з обмеженими повноваженнями, еволюція та розвиток політики ЄС у галузі іноземних інвестицій перебували у прямій залежності від наявності та реалізації компетенції ЄС у галузі іноземних інвестицій [11, с. 750].

Таке невтручання Союзу в сферу регулювання прямих інвестицій змінилось разом із прийняттям Лісабонського договору у 2009 році що знаменує собою нову еру у захисті прав власності інвесторів ЄС [12].

Держави-члени, які завжди неохоче передавали ЄС будь-які повноваження з питань іноземних інвестицій, незмінно вважали, що міжнародне регулювання іноземних інвестицій належить до їх виняткової компетенції, і уклали численні ДДД із третіми країнами. Тим не менш, Договір про ЄС включав низку положень, що дозволяють ЄС робити дії та укласти міжнародні угоди з третіми країнами в галузі іноземних інвестицій, наприклад, положення про рух капіталу, установ та Спільну торговельну політику. Спираючись на них і доповнюючи їх, Лісабонський договір вперше вводить поняття іноземних інвестицій у первинне право Союзу [13, с. 2].

З Лісабонського договору вперше вводить поняття іноземних інвестицій у первинне право Союзу, оскільки він встановлює пряму компетенцію щодо іноземних інвестицій, включивши їх у сферу дії ДФЄС. Зокрема стаття 207 передбачає, що: «Спільна торговельна політика ґрунтується на уніфікованих принципах, зокрема стосовно змін тарифних ставок, укладання тарифних та торговельних угод, пов'язаних із торгівлею товарами та послугами, а також торговельних аспектів інтелектуальної власності, прямих іноземних інвестицій...» [7].

Відповідно до Статті 2(1) ДФЄС, у сфері виняткової компетенції «лише Союз може здійснювати законодавчу діяльність й ухвалювати юридично обов'язкові акти; держави-члени мають право діяти в цій сфері самостійно, лише якщо вони отримали від Союзу належні повноваження або для впровадження правових актів Союзу» [7]. Така передача компетенції була зумовлена бажанням створити міцну основу для зовнішньоекономічної діяльності Союзу та посилити його роль у розробці міжнародних інвестиційних норм.

Також необхідно звернути увагу на Хартію основних прав Європейського Союзу (Хартія), а саме на статтю 17 Хартії про основні права [14], яка є юридично обов'язковим документом, що має таку ж юридичну силу, як і установчі договори, передбачає право на власність та визначає умови, за яких допускається позбавлення та обмеження прав приватної власності внаслідок заходів Союзу. Крім того, вимога Союзу приєднатися до Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) (яка вже є обов'язковою для всіх держав-членів ЄС), як стверджують вчені, створює правову основу для захисту інвестицій усередині ЄС від втручання ЄС та держав-членів [15, с. 1310].

Підсумовуючи, Європейський Союз пройшовши шлях від повного невтручання в інвестиційну політику держав членів ЄЕС, ЄС, поступово нарощуючи вплив та компетентність через укладання Міжнародних інвестиційних угод ЄС Союз став ключовим гравцем у сфері інвестицій, а прямі іноземні інвестиції загалом перейшли під виключну юрисдикцію ЄС. Союз створив міцну основу для зовнішньоекономічної діяльності та посилити свою роль у розробці міжнародних інвестиційних норм.

1.2. Поняття інвестицій та інвестиційної діяльності за законодавством ЄС

В законодавстві ЄС немає чіткого визначення терміну «інвестиції». До набрання чинності Лісабонським договором цей термін не фігурував у первинному праві ЄС, навіть щодо інвестицій всередині ЄС, а от в недавніх міжнародних угодах, укладені ЄС, наприклад у Всеосяжній економічній і торговій угоді з Канадою (СЕТА), зазначено визначення інвестицій. Також вторинне законодавство ЄС хоч і не дає прямого визначення терміну інвестиції, але використовує це поняття і регулює його.

Таким чином, для цілей дослідження визначення терміну «інвестиції», а також їх регулювання буде розглянуто вторинне законодавство – регламенти, директиви та рішення Європейського Союзу, а також міжнародні угоди ЄС з третіми країнами, зокрема СЕТА з Канадою, а також частково розглянемо прицедентне право ЄС.

Для початку необхідно дати визначення самому вторинному законодавству ЄС. Статтею 288 ДФЄС встановлено, що «Для виконання повноважень Союзу установи ухвалюють регламенти, директиви, рішення, рекомендації та висновки» [1]. Ці акти приймаються у відповідності до первинного законодавства ЄС, а саме ДЄС, ДФЄС та Хартія ЄС про основні права, які встановлюють рамки функціонування Союзу, повноваження органів, визначення цінностей та принципів. Відповідно, вторинне законодавство ЄС не повинно суперечити первинному [7].

Згідно з згаданою вище статтею, «Регламент має загальне застосування. Він є обов'язковим у повному обсязі та повинен прямо застосовуватися в усіх державах-членах» [7]. Регламенти мають пряму дію і є обов'язковими у повному обсязі в усіх державах-членах ЄС з моменту набуття чинності і не потребують ратифікації що сприяє більш оперативній дії на регульовані правовідносини. Моментом набуття чинності є встановлена у регламенті дата або, в іншому

випадку, на двадцятий день після публікації в Офіційному журналі Європейського Союзу [16, с. 22].

Вони мають забезпечити одноманітне застосування законодавства Союзу в усіх державах-членах. Регламенти замінюють національні закони, несумісні зі своїми основними положеннями [16, с. 22].

Директива є обов'язковою щодо результату, якого необхідно досягти, для кожної держави-члена, якій її адресовано, проте залишає національним органам влади вибір форми та засобів [7].

Директиви, на відміну від регламентів не мають прямої дії та вимагають від національних органів законодавчої влади ратифікувати директиву. Директиви не містять детальної регламентації форм і способів досягнення результатів тож державам надається певна свобода дій і можливість самостійно визначати яким чином директива буде застосовуватись, основна вимога до держав членів це відповідність до поставлених цілей директиви, а також ефективна робота цієї ратифікованої норми.

Ефективність роботи директиви є прямим зобов'язанням держав-членів ЄС, як і іншого законодавства ЄС відповідно до принципу щирого співробітництва, встановленого у статті 4(3) ДЄС. Директива повинна бути ратифікована у встановлений термін [7].

У принципі, директиви немає прямої дії. Однак в справі *Francovich* проти Італії було встановлено, що окремий громадянин має право вимагати компенсації від держави-члена, яка не дотримується законодавства Союзу. Це можливо у разі директиви, яка не була ратифікована або була ратифікована неадекватно чи неефективно, якщо: (1) директива спрямована на надання прав фізичним особам; (2) зміст прав можна визначити на основі положень директиви; та (3) існує причинно-наслідковий зв'язок між порушенням зобов'язання щодо ратифікації директиви та збитками та шкодою, що завдані потерпілій стороні. У цьому випадку для встановлення відповідальності не потрібно доводити провину держави-члена [17].

Якщо цих умов дотримано, фізичні особи можуть посилалися на відповідне становище у відносинах з державними органами. Навіть якщо положення не наділяє людини будь-якими правами, а дотримано лише першої та другої умов, влада держави-члена зобов'язана враховувати нератифіковану директиву. Це рішення Суду ЄС спрямоване на запобігання порушення державами строків ратифікації, недотримання цілі директиви чи її ефективності [17].

Варто зазначити, що фізична чи юридична особа не може покладатися на пряму дію нератифікованої директиви у відносинах з іншими особами [18, пар. 25]. Таким чином, інвестори можуть покладатися на директиви, навіть якщо вони не були чи були неналежним чином ратифіковані державами-членами ЄС і відповідно можуть домагатися в судовому порядку застосування щоб держава дотримувалася цієї директиви, якщо це порушує права інвестора.

Рішення є обов'язковим у повному обсязі. Якщо рішення визначає тих, кому воно адресовано, воно є обов'язковим лише для них. Необхідно відмітити, що рішення може розповсюджується не на всіх держав-членів ЄС, а тільки на тих, кого воно стосується і вказується в рішенні, це може бути як одна держава, так і група держав. Особливістю є також і те, що рішення може стосуватися також фізичних і юридичних осіб [7].

Рішення також необхідно ратифікувати у національне законодавство держави-члена, але рішення можуть мати і пряму дію, у тих же випадках, у яких директива матиме пряму дію як було сказано вище.

Як зазначає Роман Бойчук [4], основними і засадницькими директивами для регулювання інвестиційної діяльності в ЄС є:

– Директива Європейського парламенту та Ради ЄС 2002/87/ЄС від 16 грудня 2002 р. про додатковий нагляд за кредитними інститутами, страховими компаніями і інвестиційними фірмами в складі фінансових конгломератів і про внесення змін у Директиви 73/239/ЄЕС, 79/267/ЄЕС, 92/49/ЄЕС, 92/96/ЄЕС, 93/6/ЄЕС, 93/22/ЄЕС Ради ЄС і в Директиви 98/78/ЄС, 2000/12/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС [19];

– Директива комісії 2003/125/ЄС від 22 грудня 2003 р. про виконання Директиви 2003/6/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС про інсайдерські операції та маніпуляції на ринку (зловживання на ринку) [20];

– Директива №2003/6/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС про використання інсайдерської інформації в процесі торгів і маніпулювання ринком (ринковими махінаціями) від 28 січня 2003 р. [21];

– Директива 2004/39/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про ринки фінансових інструментів, що вносить зміни в Директиви Ради 85/611/ЄЕС і 93/6/ЄЕС та Директиву 200/12/ЄС Європейського парламенту та Ради і припиняє дію Директиви Ради 93/22/ЄЕС» від 21 квітня 2004 р. [22];

Ці, та інші виділені автором директиви стосуються регулювання інвестиційних відносин між інвестором та державою, регулювання фінансових інструментів та інших спеціалізованих тем, таких директив з огляду на комплексність і складність системи права ЄС є безліч і розбір кожної із цих директив це складне завдання, що заслуговує окремої наукової роботи.

Тому автор вирішив сконцентруватися на одній директиві, що має важливі положення про визначення інвестицій в ЄС, а саме директиву Ради 88/361/ЄЕС Щодо імплементації статті 67 Договору від 24 червня 1988 р.

Хоч ця директива і втратила свою чинність, Суд Європейського Союзу схвалив використання номенклатури, що додається до Директиви 88/361 [23], як свідчення про те, які операції є рухом капіталу, хоча й дав зрозуміти, що ця номенклатура не є вичерпною [24].

Ця номенклатура не розкриває поняття інвестицій, хоча встановлює, що може бути ПІІ згідно норм про вільний рух капіталу. Згідно з аналізом даної номенклатури, Роман Бойчук [4] виділяє такі категорії руху капіталу:

Категорія 1. Прямі інвестиції, надання короткострокових і середньострокових позик, надання гарантій по досконалих комерційних угодах.

Категорія 2. Операції, рівнозначні операціям по передачі рухомого майна, і стосується продажу/купівлі акцій, що обертаються на біржі.

Категорія 3. Операції по випуску і розміщенню цінних паперів компаній одних держав на ринку цінних паперів інших держав – членів ЄС без участі біржі.

Категорія 4. Операції грошового ринку: операції по внесенню банківських вкладів, відкриттю рахунків і т. д.

Перша та найважливіша для даного аналізу категорія руху капіталу, зазначена в номенклатурі, що включає рух, пов'язаний з прямими інвестиціями. «ПІІ – це інвестиції всіх видів фізичних осіб або комерційних, промислових чи фінансових підприємств, які служать для встановлення або підтримки тривалих і прямих зв'язків між особою, яка надає капітал, і підприємцем, якому або підприємству, якому надається капітал, щоб вести господарську діяльність» [23], варто зазначити, що дане визначення було доповнене рішенням Суду ЄС у справі Європейська Комісія проти Італії 2009 року, і до цього визначення далі по тексту додавалось, що «акції, що належать акціонеру, дозволяють йому ефективно брати участь в управлінні цією компанією або в її контролі» [25].

Крім того, номенклатура визнає довгострокові позики, спрямовані на встановлення або підтримку міцних економічних зв'язків, як прямі інвестиції, тим самим визнаючи, що довгострокові фінансові контракти мають рівне значення зі створенням або участю в підприємствах [23].

З наведеного вище визначення, яке, на думку Ради, слід розуміти у найширшому сенсі [23], можна зробити висновок, що ПІІ як мінімум повинні характеризуватися наступними ознаками: а) бути економічно цінними, б) бути певної тривалості, г) участь в керуванні підприємством, в яке вкладаються кошти, тобто участь у ризиках.

Цей тест доволі схожий на знаменитий «тест Саліні», взятий зі спору Саліні проти Марокко. Згідно з тестом Саліні, для того, щоб бути інвестицією, розглянута діяльність повинна: а) бути економічно цінною; б) бути певної тривалості; в) мати участь особи, яка переказує кошти, в управлінні та ризиках, пов'язаних з проектом; і, нарешті, г) приносити економічний внесок у державу, що приймає [26].

Видається ніби тести майже ідентичні, а єдиною відмінністю в даному випадку є тільки вимога про економічний внесок у державу, що приймає інвестиції.

Однак, в преамбулі до СЕТА, сторони «Підтверджують свою відданість сприянню сталому розвитку та розвитку міжнародної торгівлі таким чином, щоб сприяти сталому розвитку в його економічному, соціальному та екологічному аспектах» [27], а також по всьому тексту згадується про те, що сторони повинні сприяти розвитку у різних сферах, розвивати економіки одне одного, будуватися на принципах поваги до прав людини [27]. Тож можна зробити висновок, що ППІ згідно права ЄС також можуть включати елемент економічного внеску в приймаючу сторону.

Однак, на даний момент ще немає арбітражних рішень за СЕТА, тож підтвердити істинність такого припущення я не можу. Більше того, в самому визначенні ППІ в СЕТА, а саме: «інвестиції - це будь-який вид активів, якими володіє або які контролює інвестор, прямо чи опосередковано, і які мають характеристики інвестицій, що включає певну тривалість та інші характеристики, такі як вкладення капіталу або інших ресурсів, очікування прибутку або доходу, або прийняття на себе ризику» [27] немає елементу економічного внеску, тож це доволі мало ймовірно. Більше того, тест Саліні багато критикувався через елемент економічного внеску, тож більшість сучасних ДІД та інших інвестиційних договорів вирішили відмовитись від цього критерію [28, с. 154].

Щодо елементів визначення ППІ, то Суд ЄС не надавав широкого роз'яснення у своїх рішеннях. Наприклад, в рішенні по справі Тестові позивачі у судовому процесі FII Group проти комісарів податкової служби підтвердив, що поняття прямих інвестицій передбачає тривалі, довгострокові економічні зв'язки, але не дав широкого роз'яснення щодо того, наскільки тривалими повинні бути такі зв'язки і що на це впливає [29]. Також я не знайшов детального роз'яснення щодо елементів тривалості, а щодо ризиків, то гадаю буде доречно звернутися за роз'ясненнями до доктрини та практики щодо застосування тесту Саліні.

Як пише у своїй роботі Девід Колінс, у проекті Конвенції МЦУІС тривалість визнавалася суттєвим елементом визначення інвестицій, проект передбачав, що тривалість не повинна бути меншою за п'ять років. Автор також посилаючись на практику укладання інвестиційних договорів стверджує, що останнім часом багато

ДіДів містять прямі або непрямі посилання на тривалість інвестицій, зокрема щодо певних активів, таких як контракти, облігації та позики, які також можуть бути короткостроковими. Крім того, арбітражні суди відводять значну роль тривалості інвестицій, зокрема щодо будівельних контрактів, вважаючи, що мінімальна тривалість інвестицій становить від двох до п'яти років [30, с. 59].

Цікавим щодо цього питання є рішення у справі L.E.S.I. - DIPENTA проти Алжиру арбітражний суд пов'язав тривалість із внеском у розвиток, вважаючи, що інвестиції задовольняють критерію тривалості в якісному сенсі, якщо їхня тривалість гарантує внесок інвестора у розвиток приймаючої країни [30].

Тобто тривалість повинна визначатися в кожному конкретному випадку з огляду на предмет інвестицій і основним аспектом буде реалізація економічної діяльності.

Щодо критерію ризику, у вже згаданій справі Саліні проти Мароко, арбітраж прийняв широке розуміння цього критерію. Арбітраж вирішив, що інвестор прийняв він необхідний ризик, оскільки, серед іншого, існував ризик те, що марокканське законодавство могло змінитися, що могло б призвести до підвищення вартості робочої сили в країні. Трибунал також включив до списку ризиків, прийнятих інвестором, «будь-який непередбачений випадок, який не може розглядатися як форс-мажор» [31]. Крайністю широкого розуміння ризику є рішення у справі Fedax проти Венесуели, який зайшов настільки далеко, що заявив, що «саме існування спору» є доказом ризику [32].

Інші трибунали, однак, прийняли вужче розуміння критерію. Ці трибунали надавали значної ваги тільки так званим «інвестиційним ризикам» (тобто ризикам, характерним для інвестицій), на відміну від «комерційних ризиків». Наприклад, арбітраж у справі Romak S.A. проти Узбекистану не вважав укладення контракту на поставку пшениці таким, що відповідає критерію ризику, оскільки прийнятий ризик був «звичайним комерційним або діловим ризиком, який приймають всі, хто вступає в договірні відносини» [33].

Отже, в залежності від розуміння трибуналом ризику, певні вклади можуть визнаватися інвестиціями або ні, але вклади з абсолютно передбачуваним

результатом, як, наприклад, продаж товарів, не можуть бути кваліфіковані як інвестиції.

Підсумовуючи даний розділ, Європейський Союз пройшовши шлях від повного невтручання в інвестиційну політику держав членів ЄЕС, ЄС, поступово нарощуючи вплив та компетентність через укладання Міжнародних інвестиційних угод ЄС Союз став ключовим гравцем у сфері інвестицій, а прямі іноземні інвестиції загалом перейшли під виключну юрисдикцію ЄС. Союз створив міцну основу для зовнішньоекономічної діяльності та посилити свою роль у розробці міжнародних інвестиційних норм.

Що стосується визначення інвестицій за правом ЄС, то визначення запропоноване в номенклатурі співпадає з визначенням зазначеним в СЕТА: «інвестиції - це будь-який вид активів, якими володіє або які контролює інвестор, прямо чи опосередковано, і які мають характеристики інвестицій, що включає певну тривалість та інші характеристики, такі як вкладення капіталу або інших ресурсів, очікування прибутку або доходу, або прийняття на себе ризику». Хоч у договорі, номенклатурі чи рішеннях Суду ЄС немає роз'яснення більшості із цих критеріїв, окрім хіба що переліку того, що вважається економічно цінним, арбітражна практика щодо питань тривалості та ризиків вже доволі широка і може запропонувати багато підходів до тлумачення цих елементів. На даний момент, ми не можемо знати які підходи вибере передбачений СЕТА арбітраж.

РОЗДІЛ 2. РОЛЬ ЄС У РЕГУЛЮВАННІ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У центрі уваги цього розділу – взаємодія двосторонніх інвестиційних договорів (ДІД) всередині ЄС та ДІДів держав-членів ЄС з державами іншими державами з правом Європейського Союзу після набуття чинності Лісабонським договором, який, як згадувалося у попередньому розділі, наділяє ЄС винятковою компетенцією в галузі прямих іноземних інвестицій (ПІІ). Також буде розглядатися питання скринінгу ПІІ в ЄС. З самого початку слід підкреслити, що ДІД держав-членів ЄС необхідно розділяти на внутрішні та зовнішні (англ. intra-EU BITs та extra-EU BITs), де внутрішні – ДІД, в яких двома сторонами є держави-члени ЄС, а зовнішні – це ті, де лише однією стороною є держава-член ЄС, а іншою є третя держава, яка не є членом ЄС.

2.1. Вплив Achmea на внутрішні ДІД держав-членів ЄС.

Рішення Суду Європейського Союзу (Суд ЄС) у справі Achmea викликало значні наслідки щодо застосування та дії двосторонніх інвестиційних договорів, укладених між державами-членами Європейського Союзу. В результаті цього рішення держави-члени ЄС вирішили припинити дію майже 190 ДІД [34], тобто близько 8% існуючих ДІД у всьому світі.

Оцінюватися даному підрозділі буде вплив даного рішення як на глобальному, макрорівні – рішення Суду ЄС сприяло тому, що держави-члени ЄС поміж собою розпочали процес відмови від арбітражу на користь національних судів. Та на мікрорівні, де процес реалізації рішення Achmea має набагато складніший характер – буде оцінюватися з урахуванням позиції інститутів ЄС, урядів, національних судів та інвестиційних трибуналів.

Своїм рішенням від 3 березня 2016 Федеральний верховний суд Німеччини (ФВСН) направив запит про винесення попереднього рішення в Суд ЄС у справі Achmea. ФВСН поставив питання про сумісність Угоди про заохочення та

взаємний захист інвестицій між Королівством Нідерландів та Словацькою Республікою, укладеного в 1991 році. Питання виникло внаслідок спроб Словаччини скасувати арбітражне рішення 2012 року, винесене на підставі цієї угоди у справі *Achmea* проти Словаччини. Словаччина подала позов про відміну цього арбітражного рішення до Вищого регіонального суду Франкфурта, оскільки місцезнаходження арбітражного суду перебувало у цьому місті. Так як цей суд відхилив позов, Словаччина подала апеляцію щодо права до ФВСН [35, с. 6].

У своєму рішенні ФВСН виступив за сумісність внутрішніх ДІДів держав-членів ЄС із законодавством Союзу. Зокрема, він зазначив, як і інвестиційні арбітражні суди, які обговорювали це питання, що ст. 344 ДФЄС не застосовується до процедур врегулювання спорів між інвесторами та державою, оскільки вона стосується лише міждержавних процедур. Аналогічним чином, генеральний адвокат Вателет відстоював сумісність цих ДІДів всередині ЄС із законодавством ЄС [35, с. 6].

У своєму рішенні від 6 березня 2018 року Велика палата Суду ЄС заявила, що ст. ст. 267 і 344 ДФЄС повинні тлумачитися як такі, що «виключають» арбітражне застереження в міжнародній угоді, укладеній між державами-членами [35, пар. 60].

Суд ЄС проаналізував можливу взаємодію інвестиційних трибуналів з правом ЄС, зазначивши, що вони «можуть бути покликані тлумачити або застосовувати право ЄС, особливо положення щодо основних свобод, включаючи свободу заснування та вільний рух капіталу». Суд вважав це проблематичним, враховуючи той факт, що ці трибунали не можуть розглядатися як «суд або трибунал держави-члена» відповідно до ст. 267 ДФЄС. Це впливає з того, що вони мають винятковий характер і що вони не інтегровані в систему національних судів ЄС. Зокрема їх не можна прирівнювати до Суду Бенілюксу, оскільки він є невід'ємним елементом внутрішнього відправлення правосуддя [35, пар. 43-49]. З огляду на це Суд ЄС зазначив, що судові органи, створені на основі внутрішніх ДІДів ЄС, не відповідають праву ЄС, оскільки вони загрожують однаковому застосуванню, гармонізації, права ЄС.

Невдовзі після винесення рішення у справі *Achmea* практикуючі арбітражні юристи поділилися думками щодо обмеженої сфери застосування рішення *Achmea*. Стверджувалося, що рішення Суду ЄС не є обов'язковим для міжнародних арбітражних судів і не застосовується до арбітражу ICSID. Відповідно до цієї думки, рішення *Achmea* застосовується лише до договору між Нідерландами та Словаччиною [37, с. 6]. Також було висловлено думку, що рішення *Achmea* може мати прямий вплив лише на ті ДІД усередині ЄС, які містять аналогічне правило щодо застосування внутрішнього законодавства. Для інших договорів немає підстав автоматично припускати негативний вплив на автономію права ЄС. Швидше стверджувалося, що застосування законодавства ЄС має розглядатися в кожному конкретному випадку [38]. Таке вузьке прочитання рішення Суду ЄС, мабуть, принаймні певною мірою свідчить про невдоволення його рішенням і про те, що воно може суттєво вплинути на подальший розвиток інвестиційного арбітражу та правової допомоги, пов'язаної із арбітражем в ЄС.

Тим не менш, кілька коментаторів, серед них доктор Ангелос Дімопулос, який вказав на більш загальні наслідки рішення *Achmea* як щодо необхідності розірвання всіх ДІДів усередині ЄС, так і щодо поточних арбітражних розглядів [39]. Не дивно, що такої позицію дотримується і Європейська Комісія. У своєму повідомленні «Захист інвестицій всередині ЄС» Європейська Комісія представила однозначну інтерпретацію наслідків *Achmea*, заявивши, що «всі арбітражні застереження «інвестор-держава» в ДІД всередині ЄС не застосовні і що будь-який арбітражний суд, створений на основі таких застережень, не має юрисдикції у зв'язку з відсутністю дійсної арбітражної угоди» [40, пар. 3]. Таким чином, Комісія прийняла підхід, що положення ДІДів (тобто арбітражне застереження) не діють, незважаючи на те, що вони містяться в договорах, які все ще чинні; які, однак, держави-члени були зобов'язані розірвати. Більше того, в результаті висновку про відсутність чинної арбітражної угоди Комісія прийшла до висновку, що «національні суди зобов'язані анулювати будь-яке арбітражне рішення, винесене на цій підставі, та відмовити у його виконання». Таким чином, на думку Комісії,

рішення *Achmea* мало наслідки для всіх арбітражних застережень у всіх ДІДах усередині ЄС [41, с. 963].

Позиція Комісії була значною мірою повторена у прийнятій 15 січня 2019 року Декларації 22 представників урядів держав-членів ЄС щодо правових наслідків рішення Суду в *Achmea* та захисту інвестицій у Європейському союзі [42]. Тим не менш, державам-членам ЄС не вдалося досягти консенсусу з усіх питань. В результаті, замість єдиної чіткої позиції держав-членів ЄС, ми спостерігаємо дисонанс із двох одночасних декларацій.

Хоча друга декларація, прийнята 16 січня 2019 року Фінляндією, Люксембургом, Мальтою, Словенією та Швецією, значною мірою містила положення, подібні до положень більшості, проте суттєві відмінності між декларацією 22 держав-членів та декларацією та п'яти держав виявляються у преамбулі [43]. Обидва документи передбачають, що в результаті рішення у справі *Achmea* арбітражні застереження держави-інвестора, які містяться в ДІДах усередині ЄС, суперечать законодавству ЄС та не застосовуються. Тим не менш, декларація 22-х робить з цієї заяви висновок, що ці арбітражні застереження не мають жодного юридичного ефекту і що інвестиційні суди, створені на основі цих договорів, не мають юрисдикції «через відсутність дійсної пропозиції про арбітраж з боку держави-члена, що є стороною основного двостороннього інвестиційного договору» [42].

Однак ці заяви відсутні у декларації «п'ятірки». Більше того, у декларації «п'ятірки» немає посилання на положення Віденської конвенції про право міжнародних договорів та звичаєвого міжнародного права щодо *lex posterior* (новий закон відміняє попередній) [43]. Таким чином, центральною суперечністю стало питання про наслідки рішення у справі *Achmea* на арбітражні розгляди, що проводяться на підставі діючого ДІД усередині ЄС. Група з п'яти, схоже, дотримувалася позиції, що рішення Суду ЄС стосується лише права ЄС і не має прямого застосування до існуючих міжнародно-правових прав та зобов'язань держав-членів.

Як випливає з поданих заяв, забезпечення ефективності рішення Achmea вимагає одноманітного прецедентного права як арбітражних судів, так і національних судів. Щодо останніх слід зазначити, що 31 жовтня 2018 року Федеральний суд Німеччини виніс рішення, встановивши, що оскільки арбітражне застереження у двосторонніх інвестиційних договорах між Словаччиною та Нідерландами несумісне з правом ЄС, арбітражне рішення, винесене на підставі цього договору, має бути скасовано. Федеральний суд Німеччини ґрунтував своє рішення на статті 1059(2)(a) Цивільного процесуального кодексу, яка дозволяє скасувати рішення, винесене на підставі недійсної арбітражної угоди. Він також проаналізував, посилаючись на свою попередню судову практику, чи було порушення принципу сумлінності, що може призвести до позбавлення сторони права посилатися на підставу для скасування арбітражного рішення. Однак він не виявив такого порушення [44, с. 14].

Інші результати були отримані шведським судом у справі за рішенням PL Holdings щодо оскарження Польщею двох арбітражних рішень (про юрисдикцію та відповідальність, а також про компенсацію від середини 2017 року), винесених на підставі польсько-бельгійського та люксембурзького ДІД. Хоча апеляційний суд визнав, що відповідне арбітражне застереження було схоже на застереження у справі Achmea, він також зазначив, що Польща - на відміну від Словаччини у справі Achmea - не висунула заперечення всередині ЄС на ранній стадії арбітражного розгляду. Крім того, суд розсудив, що навіть недійсність арбітражного застереження не означає, що рішення автоматично явно несумісні із громадським порядком Швеції. Відхиляючи польський аргумент, що автономія права ЄС є елементом шведського публічного порядку, суд заявив, що зміст арбітражних рішень не порушує фундаментальних принципів права ЄС. Крім того, суд зазначив, що Польща завжди може укласти арбітражну угоду з іноземними інвесторами, тому можливе значення недійсності угоди щодо ДІД має обмежене значення. Щодо значення недійсності арбітражного застереження для скасування арбітражного рішення, шведський суд обмежив його вплив лише ситуацією, коли таке заперечення було висунуто державою у належний момент арбітражного розгляду.

В результаті шведський суд звузив висновок аргументації Achmea (і права ЄС), зумовивши його застосування оцінкою поведінки держави в арбітражному провадженні [44, с. 15-16].

Не лише національні суди розглядають заперечення проти юрисдикції всередині ЄС на підставі рішення Achmea. Це рішення також розглядалося кількома арбітражними судами. У справі Marfin Investment Group v. Cyprus арбітражний суд заявив, що ст. ст. 30 та 59 Віденської конвенції, на які посилався відповідач, не застосовні, оскільки відсутній однаковий предмет спору. Трибунал дійшов такого висновку, посилаючись на попередні арбітражні рішення, зокрема EURAM проти Словаччини [45].

UP and CD Holding Internationale проти Угорщини – ще одна справа, в якій арбітражний суд розглядав заперечення всередині ЄС на підставі рішення Суду ЄС. Суд підкреслив, що на відміну від справи Achmea, яка виникла в рамках розгляду ЮНСІТРАЛ, він діє як суд МЦУІС, що, як наслідок, має свої особливості. В результаті він поставив під сумнів, що рішення у справі Achmea може призвести до позбавлення його юрисдикції [46]. Тим не менш, арбітраж не звернув уваги на той факт, що з точки зору існування арбітражної угоди різницю між арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ та конвенцією МЦУІС має другорядне значення [44, с. 28].

У справі United Utilities проти Естонії трибунал не погодився з відповідачем, Комісією, і рішенням Achmea про існування конфлікту між ДФЕУ та арбітражним застереженням у ДІД [47]. Суд прийняв «як свою власну аргументацію, розроблену судом у справі Electrabel проти Угорщини», незважаючи на те, що це рішення передувало рішенням у справі Achmea. Що стосується аргументу про колізію норм, суд «в своїх висновках спирався на рішення інших інвестиційних арбітражних судів, які дійшли тих самих висновків» [44, с. 29].

Підсумовуючи, слід зазначити, що рішення у справі Achmea не вплинуло на рішення арбітражних судів. Рішення, опубліковані після березня 2018 року щодо заперечень проти юрисдикції всередині ЄС, не відрізнялися від рішень, які передували Achmea. Зокрема, арбітражні суди всередині ЄС продовжують

підтримувати аргумент про те, що предмет спору не є однаковим. Більше того, вражає те, що арбітражні суди не вважали себе пов'язаними рішенням Європейського суду з прав людини про конфлікт між ДІДами та договорами ЄС.

5 травня 2020 року було підписано Угоду про припинення дії двосторонніх інвестиційних договорів між державами-членами Європейського Союзу [48]. Однак державам-членам все ще не вдалося досягти повного консенсусу. Невелика меншість держав-членів не змогла погодитися з узгодженим текстом.

Отже, повна реалізація наслідків рішення у справі *Achmea* є дуже складним завданням що стосуються внутрішніх ДІД ЄС. Заяви держав-членів ЄС станом на січень 2019 року показали, що поки що не всі суперечності вирішені.

Рішення інвестиційних арбітражних судів, а також юристів, які надають правові послуги у інвестиційних спорах, демонструють напрочуд однакову позицію щодо заперечень проти юрисдикції, що є цілком природним та зрозумілим, кількість арбітражів суттєво зменшиться і відповідно роботи стане менше. З іншого боку всі держави-члени так чи інакше погоджуються із даним рішенням, а судова практика національних судів також свідчить про те, що суди готові вирішувати інвестиційні спори.

2.2 Характеристика Регламенту ЄС про перевірку прямих іноземних інвестицій

Як вже було сказано в першому розділі даної роботи, у той час як стаття 207 являє собою перше пряме наділення ЄС новою винятковою компетенцією в галузі ПІ для регулювання відносин з третіми державами. Необхідно відмітити, що такі як Німеччина та Нідерланди, довгий час не хотіли відмовлятися від своїх перевірених моделей інвестиційних договорів. Ця наполегливість держав-членів на положеннях їх власних шаблонів ДІД знайшла вираз у терміні «найкраща практика» [49, с. 2]. Проте вже у 2010 році Європейська комісія пояснила, що, хоча «принципи та параметри переговорів будуть надихатися «найкращою практикою», розробленою державами-членами», Комісія сама встановить «широкі контури сфери дії та стандартів, які Союз має встановити під час міжнародних інвестиційних переговорів» [50].

Однак, перш ніж переходити до аналізу нового стандарту ЄС в інвестиційних договорах, необхідно проаналізувати чому цей стандарт досі не прийняли.

У 2010 році Європейська комісія зайняла позицію проти ухвалення типової інвестиційної угоди ЄС. Вона пояснила, що прийняття «універсальної моделі» було б «недоцільним та небажаним» і що Союзу необхідно враховувати особливості кожного переговорного процесу, включаючи інтереси зацікавлених сторін та рівень розвитку партнерів [51]. Розбіжності між укладеними ДІДами держав-членів були відзначені як Комісією, так і Парламентом, і останній зокрема закликав Комісію «примирити ці розбіжності, щоб забезпечити сильну модель ЄС для інвестиційних угод» [50]. Також, Парламент уточнив, що цей шаблон або модель «також коригуватиметься залежно від рівня розвитку країни-партнера» [50].

Наполягання на необхідності розробки типової інвестиційної угоди ЄС на цьому ранньому етапі реалізації компетенції ЄС може здатися поспішним з багатьох причин. Наприклад, розробка та прийняття типових інвестиційних угод зазвичай супроводжується укладанням перших ДІД. Декілька прикладів наочно ілюструють цю тезу. Якщо Німеччина прийняла свій перший типовий ДІД

приблизно через рік після укладання ДІД із Пакистаном, то Нідерланди зробили це більш ніж через десять років після укладання першого ДІД, а Австрія - більш як через 20 років. Франція оприлюднила типовий ДІД лише у 2006 році, Корея – лише у 2001 році, а Колумбія прийняла типовий ДІД приблизно через 10 років після укладання договорів з Мексикою та Венесуелою у 1994 році [52, с. 377].

Це природно, держави отримували досвід з своїх перших ДІДів, вносили до них зміни щоб на основі отриманого досвіду прийняти типовий договір. Для ЄС ситуація з укладанням такого типового договору ускладнюється у зв'язку із причинами вказаними вище. Деякі вчені також вважають, що рішення ЄС не приступати до прийняття типового ДІД досі впливає, зокрема, з його наміру надати ширший політичний простір країнам, що розвиваються, порівняно з розвиненими економіками. Це означає, що інвестиційні договори, укладені між ЄС та розвиненими країнами, будуть більш ліберальними та нададуть приймаючим державам вужчу регуляторну гнучкість.

Надалі в підрозділі будуть аналізуватись зокрема положення вже згаданої Всеосяжної економічної і торгової угоди – СЕТА) між ЄС та Канадою, дану угоду можна визначати як одним із перших кроків для формування стандарту, який може бути наслідуваний - але також і змінений та використаний в майбутньому як фундамент для укладання типового інвестиційного договору ЄС.

ЄС формулює інвестиційну політику, яка виходить за рамки нового покоління інвестиційних угод, і саме новизна цього підходу наголошує на появі нового стандарту. Враховуючи вагу ЄС в інвестиційних переговорах, ЄС має реальну можливість «визначити новий порядок денний у сфері захисту інвестицій та положень про врегулювання спорів між державами-інвесторами» [52, с. 338]. Союз хоче покращити свої інвестиційні угоди, використовуючи подвійний підхід, спрямований на матеріальні та процесуальні стандарти.

У своїй новій інвестиційній політиці ЄС хоче досягти «кращого балансу» між правом держави на регулювання та захистом інвестицій та розробити «чіткіші та кращі стандарти» [53, с. 6]. Ці дві цілі взаємопов'язані, і Комісія вважає, що захист інвестицій має бути чітко визначений і не залишати місця для «двозначності

тлумачення», особливо коли йдеться про «право держави на регулювання з метою державної політики». Комісія наголошує, зокрема, на право держав переслідувати законні цілі державної політики та пояснює, що цей «принцип» зон вільної торгівлі (ЗВТ) ЄС застосовуватиметься до положень про захист інвестицій в угодах ЄС [53, с. 7].

Згідно з директивами, що санкціонували переговори щодо інвестицій з Канадою, Індією та Сінгапуром, кожна угода має бути «без шкоди для права ЄС і держав-членів вживати та застосовувати... заходи, необхідні для досягнення законних цілей державної політики, таких як соціальні, екологічні, безпекові, здоров'я та безпека населення недискримінаційним чином. Угода має поважати політику ЄС та його держав-членів щодо просування та захисту культурного розмаїття» [54].

Намагаючись, серед іншого, забезпечити «баланс» між захистом інвестицій та правом економіки, що приймає на регулювання, Комісія наголошує на необхідності розробки стандартів договору «докладним і точним чином» [50, с. 7]. Крім інноваційного формулювання преамбули, яке незвичайне не тільки для ДІД країн-членів ЄС, а й для канадського модельного ДІД, новий підхід ЄС спрямований на два найбільш важливі стандарти інвестиційного права - справедливий і рівноправний режим та експропріацію. Що стосується непрямой експропріації, ЄС запроваджує положення, аналогічні тим, що містяться в Додатку В до ДІД США та Канади [52, с. 378]. Як і ці моделі, СЕТА прямо відкидає доктрину єдиного ефекту і наказує суду враховувати «розумні» очікування інвесторів. Однак, на відміну від своїх попередників, СЕТА запроваджує вимогу враховувати «характер» заходи і, зокрема, її «об'єкт, контекст і намір», а також, що дуже важливо, включає елемент пропорційності [27].

В додатку до СЕТА про експропріацію: «За винятком рідкісних обставин, коли вплив заходу або низки заходів настільки серйозний у світлі його мети, що здається явно надмірним, недискримінаційні заходи Сторони, які розроблені та застосовуються для захисту законних цілей громадського добробуту, таких як здоров'я, безпека та навколишнє середовище, не є непрямой експропріацією» [27].

Таке положення відсутнє у ДІДах, укладених країнами-членами ЄС, і якщо воно існує в типових ДІДах США та Канади, то формулювання СЕТА є новим. За словами Європейської комісії, це нове положення спрямоване, зокрема, на забезпечення того, щоб інвестори не отримували компенсацію «тільки тому, що їхній прибуток був знижений внаслідок дії нормативних актів, прийнятих з метою державної політики» [53, с. 8]. Ця заява посилається на найважливішу дилему про те, як провести кордон між непрямю експропріацією та некомпенсованим регулюванням, прийнятим у суспільних інтересах.

Наявність суспільного інтересу у будь-якому разі необхідна для законності навіть непрямю експропріації. У той же час, ця заява підтверджує відмову від доктрини єдиного ефекту, що є кроком у сторону лібералізації інвестиційних договорів. Як стверджує Даніель Мюллер, «Доктрина єдиного ефекту це концепція інвестиційного права, згідно якої, що при оцінці позовів про непрямю експропріацію трибунали повинні ґрунтувати свої висновки головним чином - або виключно - на ефекті, який спірний захід спричинив на інвестиції. Згідно з доктриною єдиного ефекту, додаткові фактори, такі як намір уряду або мета спірного заходу, не повинні розглядатися або є менш важливими при оцінці позову про непрямю експропріацію» [55].

Другим стандартом, який ЄС хотів би вказати у своїх інвестиційних угодах, є справедливий та рівноправний режим. СЕТА містить новаторське положення, у якому вичерпним чином перераховуються заходи, несумісні зі справедливим та рівноправним режимом.

Відповідно, положення про справедливий і рівноправний режим порушується, зокрема, в тих випадках, коли міра або низка заходів є відмовою в правосудді в рамках кримінального, цивільного чи адміністративного розгляду, фундаментальне порушення належної правової процедури, включаючи фундаментальне порушення прозорості судового та адміністративного розгляду, явне свавілля, цілеспрямовану дискримінацію на явно неправомірних підставах або жорстоке поводження з інвесторами, включаючи примус та переслідування [56, с. 122].

Примітно, що в поточній версії СЕТА одне з найважливіших понять справедливого та рівноправного поводження, а саме захист законних очікувань інвестора, не фігурує у списку його складових. Навпаки, фрустрація законних очікувань інвестора виділено в окремий пункт як елемент, який арбітражний суд «може» взяти до уваги «при застосуванні вищезгаданого справедливого та рівноправного режиму». Законні очікування можуть бути породжені, якщо сторона зробила «конкретне подання інвестору з метою спонукати його до інвестицій». Європейська комісія пояснює, що мета цього положення – забезпечити, щоб стандарт справедливого та рівноправного режиму не був рівнозначний «стабілізаційному зобов'язанню» [56, с. 124].

Міжнародне інвестиційне право - це сфера, що динамічно розвивається, і ніде це не проявляється так яскраво, як при реалізації нової компетенції ЄС у галузі прямих іноземних інвестицій. Незважаючи на те, що переговори щодо інвестицій ускладнюються, новий стан справ створює для ЄС можливість не лише впливати на розробку стандартів інвестиційних договорів, а й безпрецедентно удосконалювати міжнародне інвестиційне право. Відмовившись від підходу держав-членів, Союз розробив власну модель ведення інвестиційних переговорів, встановивши новий стандарт. Європейський Союз ще не затвердив реальну типову угоду, отже зовнішні ДІД країн-членів, на відміну від внутрішніх, залишаються в силі. Однак цілком імовірно, що ми стоїмо на порозі ще нового покоління міжнародних інвестиційних договорів, яке змінить вигляд міжнародного інвестиційного права в тому вигляді, в якому ми його знаємо.

2.3. Характеристика Регламенту ЄС про перевірку прямих іноземних інвестицій

Регламент ЄС про перевірку прямих іноземних інвестицій (ПІ) до Європейського союзу (Регламент) набуло чинності 10 квітня 2019 року та стало повністю застосовним 11 жовтня 2020 року [57]. Поява цього регламенту пов'язана зі стурбованістю деяких держав-членів, очолюваних Францією, Німеччиною та Італією, тим, що іноземні інвестори - особливо державні підприємства, що інвестують у рамках стратегічної промислової політики, - можуть набувати критично важливих активів та ключових технологій у компаній ЄС, зокрема, за відсутності взаємних прав на інвестиції країни походження ПІ [58, с. 1-2]. На цьому фоні та після інтенсивних політичних дебатів Європейська комісія (Комісія) та держави-члени ввели в дію Регламент ЄС про скринінг ПІ з метою збереження стратегічних інтересів ЄС та водночас збереження ринку ЄС відкритим для інвестицій.

Регламент ЄС про скринінг ПІ створює основу для механізмів скринінгу ПІ на рівні держав-членів для забезпечення правової визначеності та координації та співробітництва в рамках усього ЄС. Воно не вводить централізований механізм перевірки ПІ, і в Європейському Союзі немає механізму «єдиного вікна», який би дозволив Комісії приймати власні рішення або навіть блокувати ПІ до Європейського Союзу. Комісія швидше бере на себе роль координатора, але не виступає як особа, яка приймає рішення. Забезпечення національної безпеки та громадського порядку залишається винятковим обов'язком держав-членів. Теоретично держави-члени можуть самі вирішувати, чи створювати їм механізм перевірки ПІ чи перевіряти конкретні ПІ [59, с. 459]. Проте на практиці Комісія ясно дала зрозуміти, що очікує від усіх держав-членів наявності національного механізму перевірки [60, с. 20].

ПІ визначаються як інвестиції будь-якого роду з боку іноземного інвестора, спрямовані на встановлення або підтримання міцних та прямих зв'язків між іноземним інвестором та цільовою компанією, що здійснює економічну діяльність

у державі-члені, включаючи інвестиції, що дозволяють ефективно брати участь в управлінні чи контролі компанії, що здійснює економічну діяльність [57, с. 2]. Це визначення виключає прості портфельні інвестиції.

Процедурні та матеріальні рамки Регламенту, серед іншого, спрямовані на підвищення прозорості на користь інвесторів, Комісії та інших держав-членів.

Хоча запровадження механізмів перевірки ПП залишається на розсуд держав-членів, вони повинні повідомляти Комісію про будь-який існуючий або нововведений механізм перевірки ПП. Комісія регулярно публікує оновлений список існуючих у Європейському Союзі механізмів перевірки. Крім того, держави-члени зобов'язані подавати Комісії щорічні звіти, які включають не тільки інформацію про ПП, що мали місце на їх території в попередньому році, та будь-які запити, отримані іншими державами-членами в контексті механізму співробітництва, а й про роботу їх національного механізму скринінгу. На цій основі Комісія має подати Європейському парламенту та Європейській раді щорічний звіт про виконання Регламенту ЄС про скринінг ПП [61, с. 3].

Стаття 3 Регламенту ЄС про скринінг ПП встановлює певні мінімальні вимоги до механізмів скринінгу держав-членів:

- правила та процедури повинні бути прозорими та недискримінаційними щодо третіх країн (параграф 2);
- механізми скринінгу повинні визначати тригерні події для скринінгу, основу для скринінгу та докладні процедурні правила, включаючи терміни (параграфи 2 та 3);
- конфіденційна інформація, надана державам-членам, має бути захищена (параграф 4).
- іноземні інвестори та зацікавлені підприємства повинні мати можливість оскаржити рішення національної влади про перевірку (Параграф 5); і
- механізми перевірки повинні включати заходи, необхідні для виявлення та запобігання обходу механізму перевірки та рішень з перевірки (Параграф 6) [57].

Як видно з наведеного вище списку, держави-члени мають значний простір для визначення деталей своїх відповідних процедур перевірки ПІІ, що в той же час означає обмежену гармонізацію в рамках Європейського Союзу. Як наслідок, інвесторам необхідно знати про національні особливості різних процедур перевірки ПІІ у всіх державах-членах, де вони планують транскордонні злиття та поглинання.

Регламент ЄС про перевірку ПІІ включає перелік факторів, які можуть бути прийняті до уваги державою-членом при визначенні того, чи ПІІ може вплинути на безпеку або громадський порядок. Ці фактори відносяться до (1) діяльності цільової компанії та (2) особистості іноземного інвестора.

У статті 4 Регламенту ЄС про скринінг ПІІ перераховується низка секторів, в яких може бути проведена перевірка ПІІ:

- критично важлива інфраструктура (наприклад, енергетика, транспорт, водопостачання, охорона здоров'я, зв'язок чи оборона);
- критичні технології та товари подвійного призначення (наприклад, штучний інтелект, робототехніка, напівпровідники, кібербезпека, ядерні технології та нанотехнології);
- постачання критично важливих ресурсів (наприклад, сировина та безпека продуктів харчування);
- доступ до чутливої інформації (включаючи персональні дані) чи можливість контролювати таку інформацію; або
- свобода та плюралізм засобів масової інформації [57].

Цей список не є вичерпним, і держави-члени можуть мати правила для додаткових секторів, залежно від національної специфіки. У той же час терміни, що використовуються в Регламенті ЄС про скринінг ПІІ (такі як «критично важлива інфраструктура», «штучний інтелект» або «робототехніка»), є дуже широкими і залишають великий простір для тлумачення. На практиці багато держав-членів застосовують більш конкретні визначення факторів, які враховуються при відборі ПІІ на їх території. Це є прикладом балансу між збереженням виключної

відповідальності держав-членів за забезпечення національної безпеки, з одного боку, та забезпеченням правової визначеності та загальносоюзної координації, з іншого боку [62].

Що стосується особистості іноземного інвестора, то в контексті оцінки ПІІ по суті необхідно розглянути такі фактори, як контролюється іноземний інвестор урядом третьої країни, чи іноземний інвестор уже був залучений до діяльності, що впливає на безпеку чи громадський порядок у державі-члені ЄС, чи існує чи серйозний ризик того, що іноземний інвестор бере участь у незаконній чи злочинній діяльності [1]. Як згадувалося вище, правила та процедури ПІІ мають бути недискримінаційними по відношенню до третіх країн, але на практиці (державні) інвестори з деяких країн (які не входять до ЄС та НАТО, наприклад, інвестори з Китаю, Індії чи особливо з Росії, Білорусі, Ірану) можуть зіткнутися з більш пильною увагою, ніж інші [62].

Регламент ЄС про скринінг ПІІ в статті 6 передбачає механізм співробітництва, в рамках якого Комісія може виносити висновки, а держави-члени - надавати коментарі щодо ПІІ на території (інших) держав-членів:

- Комісія може винести висновок, якщо вона вважає, що угода може вплинути на безпеку або громадський порядок у більш ніж одній державі-члені, якщо держава-член, в якій відбувається правочин, попросила Комісію зробити це, або Комісія має інформацію, яка стосується угоди. Якщо не менше однієї третини держав-членів вважають, що угода може вплинути на їхню безпеку або громадський порядок, Комісія має винести висновок [57]; та,
- Держави-члени можуть подати коментарі, якщо вони вважають, що угода може вплинути на їхню безпеку або громадський порядок, або якщо вони мають інформацію, що стосується перевірки ПІІ [57].

Крім того, у статті 13 Регламенту ЄС про перевірку ПІІ прямо згадується можливість співпраці держав-членів та Комісії з відповідальними органами третіх країн з міркувань безпеки та громадського порядку [57].

Відповідно до Регламенту ЄС про скринінг ПІІ, держави-члени повинні якнайшвидше інформувати Комісію та інші держави-члени про ПІІ на їх території, які проходять скринінг, і без невиправданої затримки надавати певну інформацію, яку деякі держави-члени запитують у сторін, що повідомляють, з самого початку за допомогою стандартної форми. Необхідна інформація перерахована в статтях 6 та 9 Регламенту та включає наступні відомості про:

- структура власності іноземного інвестора та цільової компанії;
- приблизна вартість ПІІ;
- діяльність іноземного інвестора та цільової компанії;
- держави-члени, в яких іноземний інвестор та цільова компанія ведуть свою діяльність;
- фінансування інвестицій та його джерело; і
- дата, коли ПІІ планується завершити чи вже завершено [57].

Протягом 15 календарних днів після отримання повідомлення та відповідної інформації Комісія та інші держави-члени повинні повідомити державу-члену, яка проводить перевірку, про свій намір подати коментарі (у разі держав-членів) або висновок (у разі Комісії). В мірі, в якій це необхідно для розгляду, Комісія та інші держави-члени можуть запитати додаткову інформацію у держави-члена, яка має надати її їм без невиправданих затримок. На практиці це може призвести до затримок, наприклад, коли орган влади повинен спочатку отримати інформацію від інших урядових установ чи третіх сторін без встановлених законом строків. Нещодавні приклади, які сподіватимемося, залишаться винятком, показують, що це може призвести до затримок у кілька місяців [62].

Виходячи з вищесказаного, 15 календарних днів – це мінімальний термін, який може зайняти процес у рамках механізму співробітництва у тому випадку, якщо ні держава-член, ні Комісія не подадуть подання або не випросять додаткову інформацію. В іншому випадку, згідно з пунктом 7 статті 6 Регламенту, Комісія має винести висновок, а держави-члени повинні подати коментарі протягом 35 календарних днів після отримання вищезгаданої інформації (цей термін може бути

продовжений до 40 календарних днів для висновків Комісії). У разі запиту додаткової інформації, коментарі держав-членів або висновки Комісії повинні бути опубліковані не пізніше ніж за 20 календарних днів після отримання додаткової інформації [57].

Хоча остаточне рішення про дозвіл угоди, запит засобів правового захисту або блокування ПІІ залишається за державами-членами, які проводять перевірку, вони повинні належним чином враховувати коментарі інших держав-членів та думку Комісії, якщо не потрібні негайні дії [63, с. 24].

На практиці зобов'язання держав-членів «стояти на місці» і приймати остаточне рішення лише після отримання коментарів або думок може призвести до значних затримок. Для інвесторів механізм співпраці залишається не до кінця зрозумілим, і існує брак прозорості щодо потенційно значного впливу на терміни укладання угод. Терміни, що використовуються в регламенті ЄС про скринінг ПІІ, частково неточні (наприклад, поняття «якнайшвидше» чи «приділити належну увагу»). Проблемою може бути і те, що для інвестора немає чіткого уявлення про те, який орган якої держави-члена запитує якусь інформацію про плановані ПІІ і з якої причини. Комісія спілкується виключно з державами-членами, які залишаються єдиною контактною особою для сторін-повідомлень. На практиці це може призвести до відсутності прозорості та затримок [63, с. 34].

Підсумовуючи викладене в даному розділі, ЄС не відігравав значної ролі в сфері інвестицій до Лісабонського договору, та після підписання, отримавши відповідні повноваження, вплив ЄС значно збільшився як на зовнішні, так і на внутрішні ДІД ЄС.

Щодо внутрішніх, про те, що внутрішні ДІДи повинні бути скасовані заговорили відразу ж після прийняття Лісабонського договору, а саме статті 207, яка надає Союзу виключну компетенцію щодо інвестицій. Однак, одним рішенням у справі *Achmea* Суд ЄС відмінив відразу усі 190 внутрішніх ДІДів держав-членів ЄС тим самим повністю змінив підхід до вирішення інвестиційних спорів, передавши юрисдикцію від інвестиційних арбітражів до національних судів

держав-членів. Хоч і відношення не у всіх держав збігалося щодо цього рішення, на даний момент перехід юрисдикції можна вважати фактом, що стався.

Щодо договорів держав-членів ЄС з третіми країнами, то Союз також поступово набирає все більшого значення. Хоч ЄС досі не ухвалив типову угоду і новий єдиний стандарт інвестиційного договору, один із перших інвестиційних договорів ЄС «Всеосяжна економічна і торгова угода» з Канадою встановлює новаторські, ліберальні стандарти щодо захисту інвестицій відходячи від доктрини єдиного ефекту і надаючи країнам значно більші свободи у регулюванні державної політики, не втручаючись у суверенітет держав регулюванні економіки, екології тощо.

Також було розглянуто регламент ЄС про скринінг ПІІ, який хоч і є відносно новим інструментом, його вплив на скринінг ПІІ в Європейському Союзі важко переоцінити. На сьогодні Комісія повідомила про 18 національних механізмів скринінгу. Ще сім держав-членів перебувають у процесі прийняття механізмів скринінгу, тоді як тільки Болгарія, Хорватія та Кіпр залишаються без будь-яких поточних ініціатив. Після російської агресії проти України у лютому 2022 року стало очевидним те, що держави-члени європейського союзу повинні ставитися до скринінгу ПІІ з усією відповідальністю, так як антидемократичні сили можуть впливати на політику держав, а відповідно і цілого ЄС через інвестиції, більше того використовувати їх як зброю, що вражає енергетичну безпеку країн, та їхні економіки.

РОЗДІЛ 3. ВИРІШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ

3.1 Вирішення спорів за двосторонніми інвестиційними договорами ЄС

Положення, що стосуються врегулювання спорів, є найбільш інноваційною частиною інвестиційних угод ЄС. У цьому розділі процесуальні норми розглядаються всебічно, щоб подати докладний звіт про те, як розглядатимуться спори в рамках таких угод.

У цьому підрозділі на в основному будуть досліджуватися положення щодо вирішення спорів згідно СЕТА. Ця угода була обрана як конкретний приклад, оскільки дана Угода є репрезентативними для останніх підходів, прийнятих ЄС у своїх інвестиційних угодах нового покоління щодо врегулювання міждержавних спорів.

Доречно буде перед детальним оглядом процесу вирішення спорів навести приклад узагальненого процесу вирішення спорів, який в тій чи іншій мірі є спільним для всіх трьох інвестиційних угод ЄС. Перший етап – етап досудового розгляду, що складається з консультацій та посередництва, у ході цих процедур сторони повинні спробувати вирішити свій спір. На всіх етапах перевага надається взаємно узгодженому рішенню сторін. Якщо консультації не дають результату, позивач може вимагати створення комісії у складі трьох арбітрів, які розглянуть факти спору та винесуть ухвали щодо відповідності заходу, що оскаржується, зобов'язанням, передбаченим відповідною Угодою. Після випуску проміжного рішення, щодо якого сторони можуть висловити свої зауваження та вимагати перегляду, колегії випускають свої остаточні звіти, що містять описову частину фактів та права, а також висновки та рекомендації колегії. Остаточні рішення комісії є обов'язковими для сторін. Останнім етапом у вирішенні спору також може бути апеляція, яка дозволена за певних обставин [64, с. 12], які будуть обговорені нижче.

Таким чином першим етапом у вирішенні інвестиційних спорів є консультація сторін. Існують дві форми неконфронтаційних механізмів, доступних

на етапі досудового розгляду – це обов'язкові консультації та необов'язкове посередництво.

Консультації є загальною рисою інвестиційних договорів нового покоління, а не тільки угод ЄС, які часто передбачають про період охолодження. Протягом цього періоду сторони потенційного спору зазвичай зобов'язані докласти «максимуму зусиль», задля того щоб спробувати врегулювати питання «мирним» шляхом, можливо, вдавшись до посередництва третьої сторони [65]. Особливістю саме інвестиційних угод ЄС є те, що вони виводять консультації на інший рівень, роблячи їх обов'язковим процесуальним кроком, що передує подання позову. Недотримання ж такого кроку робить позов неприйнятним [64, с. 15]. Відповідно до статті 8.19 СЕТА, інвестор повинен подати запит на проведення консультацій відповідно до низки вимог. А саме, запит повинен включати: (а) докладну інформацію про інвестора (про всіх інвесторів, якщо їх декілька), включаючи випадки, коли запит подається від імені місцевого підприємства; (б) положення інвестиційних угод, які, ймовірно, були порушені, (с) правову та фактичну основу позову з посиланням на міру, що ймовірно призвела до порушення угоди, (d) спосіб правового захисту та (е) оцінку збитків. Прямо вказується, що дана інформація має бути достатньо конкретною, щоб «дозволити відповідачеві ефективно брати участь у консультаціях та підготувати свій захист» [27].

Крім дотримання досить строгих формальних вимог щодо запиту на проведення консультацій, запит повинен бути поданий з дотриманням строків. Зокрема, він повинен бути поданий: (а) протягом трьох років після дати, коли інвестор вперше дізнався або повинен був дізнатися про ймовірне порушення та завдані збитки або збитки, або (б) через два роки після того, як інвестор припинив пред'явлення претензій або розгляд у внутрішньому суді відповідача, або коли такий розгляд було припинено іншим чином. У будь-якому випадку, клопотання має бути подано не пізніше ніж через 10 років після дати, коли інвестор вперше дізнався або повинен був дізнатися про ймовірне порушення та завдані збитки або збитки. Нарешті, подання запиту на консультації тягне за собою додатковий термін: починаючи з дати такої подачі і у разі, якщо консультації не дадуть

результату, інвестор має лише 18 місяців для порушення спору за відповідним положенням угоди [27]. Як вірно підмічає Марк Бунгенберг положення про строки також передбачає, що консультації повинні бути проведені протягом 60 днів з моменту подання запиту і завершені протягом 90 днів, в інвестора залишається трохи менше півтора року для порушення спору [66, с. 12]. Також, можливо що такі доволі широкі строки повинні бути присутні у зв'язку з тим, що Сторони угоди бажають, щоб інвестори не спішили використовувати механізми захисту передбачені Угодою і у незначних справах намагалися застосовувати внутрішньодержавні механізми захисту [67, с. 10].

Згідно з аналізом Марка Бунгенберга, консультації в рамках інвестиційних угод ЄС виконуватимуть як мінімум три основні функції. Перша, і найбільш очевидна, полягає в тому, що вони служитимуть меті надання можливості врегулювати спір мирним шляхом та уникнути судового розгляду. По-друге, консультації по суті визначають контури спору. По-третє, як наслідок першого та другого пункту, консультації працюватимуть як ще один механізм, здатний відсіювати позови [66, с. 20].

Другим досудовим механізмом є посередництво. Стаття 8.20 СЕТА встановлює, що «сторони спору, можуть у будь-який час домовитися про те, щоб вдатися до посередництва». Використання висловлювання «будь-коли», скоріше за все, передбачає, що таке становище поширюється на спори, які вже досягли стадії судового розгляду. Встановлюється, що медіація буде проводитись за правилами, узгодженими сторонами, Посередник призначається за згодою сторін спору [27]. Даний механізм також не є унікальним для права ЄС, на даний момент велика кількість типових ДІДів різних держав має положення про медіацію, хоча ці положення можуть відрізнятися за змістом наприклад медіація може бути обов'язковою, посередник може обиратися не сторонами спору та інше [68, с. 13].

Таким чином у розпорядженні сторін присутні два інструменти на етапі досудового розгляду – це обов'язкові консультації та необов'язкове посередництво. З аналізу СЕТА та літератури можна зробити висновок, що сторони Угоди намагались скоротити, відсіяти велику частину спорів надаючи інші можливості

для вирішення спору, а також доволі широкі строки на подання скарги. Це здається доволі очікуваним рішенням, якщо подивитися на критику від багатьох держав-членів ЄС, а також науковців щодо включення в СЕТА положення про механізми врегулювання спорів між інвесторами та державою (ISDS) [67, с. 1-2].

Якщо спір не може бути вирішений шляхом консультацій, інвестор може подати позов до арбітражного суду, який складається з трибуналу, наділеного повноваженнями розглядати справи в першій інстанції та апеляційного органу.

Згідно зі статтею 8.23 СЕТА встановлено, що інвестор може подати позов від свого імені, а також від імені підприємства, зареєстрованого в країні-відповідачі, яке прямо чи опосередковано контролюється інвестором. Позов може бути поданий відповідно до арбітражних правил, що традиційно згадуються в юрисдикційних застереженнях, включених до інвестиційних договорів, а саме: Конвенції МЦУІС, Додаткового регламенту МЦУІС, Арбітражного регламенту Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) та будь-яких інших правил [27].

Видається дивним, що в інвестиційні угоди ЄС, так прямо спираються на існуючі арбітражні правила, ті, які дана угода покликана замінити. На перший погляд, це може здатися протиріччям. Однак, як зазначає Доріке Овердуйн необхідно зазирнути глибше в дане положення, автор стверджує, що опора на існуючі арбітражні регламенти має лише певний «залишковий характер». Як пояснюється у статті 8.23(6), застосування інших арбітражних правил «залежить від спеціальних правил, викладених у цьому розділі та доповнених правилами, прийнятими відповідно до статті 8.44(3)(b)». Останні є додатковими процесуальними правилами, які можуть бути прийняті Комітетом з послуг та інвестицій [69, с. 342].

Сукупне прочитання цих положень повинно бути витлумачене як таке, що існуючі арбітражні правила застосовні лише:

- доти, доки немає суперечності між такими правилами та правилами, встановленими в інвестиційних угодах ЄС, доповненими залежно від обставин правилами, прийнятими Комітетом щодо послуг та інвестицій, або

- коли в інвестиційних угодах ЄС немає жодного правила, що підходить під ситуацію [69, с. 342-343].

Іншими словами, існуючі арбітражні правила слід розглядати як запасний варіант, на який можна спиратися для інтеграції, доповнення та заповнення прогалів у правилах, передбачених інвестиційними угодами ЄС. Норми, що містяться в СЕТА, мають основний характер, але не є всеосяжними з процедурної точки зору. Вони покликані лише заснувати арбітраж та закласти основні засади його функціонування. Вони не призначені для детального визначення того, як розглядатимуться спори у цьому органі. У цьому сенсі посилання на існуючі арбітражні регламенти, які успішно застосовуються протягом десятиліть, є цілком розумним рішенням.

Прикладом такої розбіжності може бути положення про те, згідно з яким для подання свого позову до суду інвестор «не повинен зазначати у своєму позові заходи, які не були зазначені у його запиті на консультації». Те, що в СЕТА основна увага приділяється тому, чи був захід вказаний у запиті на консультації (інакше він буде визнаний компетенцією трибуналу, що виходить за рамки), є потенційною міною для позивачів, що, на думку деяких коментаторів, може «привести до затяжних» юрисдикційних спорів у тому, чи відповідає фактичне вимога цій формальній умові і якою мірою». Це положення передбачає, що позивач не може вносити зміни до своїх вимог, і, отже, воно суперечить правилу Конвенції МЦУІС, яке допускає подання додаткових позовів (майже таке саме положення є у Додаткових правилах МЦУІС), та правил ЮНКТРАЛ, яке допускає внесення змін до позову [70, с. 322].

Під час подання позову інвестор може запропонувати, щоб позов розглядав суддя арбітражного суду одноосібно. Стаття 8.23(5) передбачає, що у такому разі відповідач повинен «з розумінням віднесеться до цього прохання, зокрема, якщо інвестор є малим або середнім підприємством або якщо заявлена компенсація або збитки відносно невеликі» [27]. Це ще одне положення, покликане зробити арбітраж доступнішим для малого та середнього бізнесу. Однак це положення

уточнює, що остаточне рішення залишається за відповідачем, згода якого, таким чином, необхідна.

Якщо сторони погоджуються, то встановлюється, що єдиним членом Трибуналу має бути громадянин третьої країни, призначений довільно. Хто здійснюватиме таке призначення, прямо не вказано. Також у положенні немає жодних вказівок щодо повноважень Трибуналу прийняти чи відхилити прохання про призначення єдиного члена. Тому слід припустити, що Суд не має жодних повноважень виносити рішення щодо цього питання [70, с. 322].

Створення Апеляційного трибуналу, можливо, є новаторським нововведенням в інвестиційних угодах ЄС, які є першими у своєму роді, де передбачена система апеляцій. Причини створення апеляційного органу пов'язані з необхідністю підвищення послідовності та передбачуваності системи вирішення спорів, як уже пояснювалося вище. Для досягнення цієї мети інвестиційні угоди ЄС наділили Апеляційний трибунал широкими повноваженнями щодо перегляду рішень, винесених судом.

Основне питання яке необхідно проаналізувати щодо арбітражних розглядів – це в яких випадках буде застосовуватися арбітражний трибунал. Стаття 8.28(2) СЕТА передбачає, що апеляційний трибунал може «підтримати, змінити або скасувати рішення трибуналу» на таких підставах:

- (а) помилки у застосуванні або тлумаченні права, що застосовується;
- (b) явні помилки щодо оцінки фактів, включаючи оцінку відповідного внутрішнього законодавства;
- (c) підстави, викладені у статті 52(1)(a)-(e) Конвенції МЦУІС, тією мірою, якою вони не охоплюються пунктами (a) та (b) [27].

Підстава, згадана у пункті (c), стосується процедури анулювання в МЦУІС, що здебільшого спрямована на скасування рішень, винесених внаслідок грубих порушень, таких як явне перевищення трибуналом своїх повноважень або корупція одного з його членів. Крім того, така процедура є механізмом "все або нічого": рішення про анулювання скасовує дефектне арбітражне рішення повністю або частково, без можливості його виправлення [64, с. 24].

Таким чином, в даному підрозділі ми розглянули процедуру вирішення конфліктів за інвестиційними договорами ЄС, а саме згідно СЕТА. Врегулювання спорів за договорами складається з досудового розгляду, судового розгляду та апеляції. З аналізу СЕТА та літератури можна зробити висновок, основною метою досудового розгляду є бажання сторін Угоди скоротити, відсіяти велику частину спорів надаючи інші можливості для досудового вирішення спору, а також доволі широкі строки на подання скарги. Цікавим видається посилення у договорі на інші арбітражні процеси, однак, норми, що містяться в СЕТА, мають основний характер. Апеляційна інстанція сприяє захищеності сторін від помилок допущених в першій інстанції та збільшує довіру до арбітражу загалом.

3.2. Система інвестиційних судів та проект Міжнародного інвестиційного трибуналу.

Останні інвестиційні договори, укладені між ЄС та третіми країнами, передбачають відмову від традиційного спеціального механізму врегулювання спорів між інвесторами та державою та запроваджують постійний та інституціолізований двосторонній інвестиційний суд – система інвестиційних судів (ICS).

В попередньому розділі уже було сказано, що у світі, а особливо в країнах-членах ЄС присутня недовіра до ISDS. Якщо детальніше, то критика виникає через непрозорість вирішення спорів та призначення арбітрів, відсутність послідовності, тобто єдиної практики, а також їх високу вартість та відсутність апеляційного розгляду рішень арбітражних судів. З 2015 року, щоб вирішити проблеми ISDS, ЄС намагається інституціоналізувати вирішення інвестиційних спорів шляхом включення положень про ICS до інвестиційних угод, які ЄС укладає з третіми країнам, а також шляхом участі у Робочій групі III ЮНСІТРАЛ щодо реформи врегулювання спорів між інвесторами та державою [71, с. 9].

Після рішення в справі Achmea було поставлено під сумнів сумісність ICS з правом ЄС, зокрема, з принципом автономії правового порядку ЄС, що і було

предметом розгляду в Achmea. Однак Суд ЄС встановив, що ICS ніяким чином не суперечать праву ЄС [72].

Традиційні механізми ISDS передбачають призначення арбітрів на індивідуальній основі інвестором та державою, залученою до вирішення спорів. У системі СВК, навпаки, члени судів (за дотримання суворих вимог незалежності та неупередженості) призначатимуться заздалегідь спільним комітетом держав-учасниць договору [73]. Так як в попередньому підрозділі вже було обговорено процесуальні моменти у вирішенні спорів за договорами ЄС, в даному буде обговорено призначення Суддів до ICS, та його апеляційної інстанції.

Стаття 8.27 встановлює, що Спільний комітет СЕТА призначає п'ятнадцять членів Трибуналу. П'ять членів будуть громадянами держави-члена Європейського Союзу, п'ять членів будуть громадянами іншої сторони угоди (тобто громадянами Канади у якщо розглядати СЕТА), а решта п'ять членів будуть громадянами третіх країн, які не є сторонами угоди [27].

Члени Трибуналу призначаються на п'ятирічний термін, який може бути продовжено лише один раз. Голова та заступник Голови Трибуналу обираються з-поміж п'яти членів, які є громадянами третіх країн, і виконують свої обов'язки на основі ротації, встановленої Спільним комітетом СЕТА. Призначення провадиться на два роки. Так як немає вказівок на протилежне, слід вважати, що цей термін не підлягає поновленню. Голова та віце-голова загалом відповідають за організаційні питання та мають право вчиняти необхідні дії для формування відповідального відділу Трибуналу після отримання позову [70, с. 350].

До суддів ICS висуваються суворі вимоги. Для того, щоб бути призначеним членом Трибуналу, спеціаліст повинен мати кваліфікацію, необхідну в його країні походження для призначення на судові посади, або бути юристом з визнаною компетенцією. Крім того, потрібен досвід у галузі міжнародного публічного права. Є також не обов'язкові вимоги до кандидатів - це досвід у галузі торгового та інвестиційного права та вирішення спорів [70, с. 351].

Порівняно з існуючими арбітражними правилами інвестиційні угоди ЄС вносять значні нововведення в це питання. До прикладу, вимоги, що

пред'являються існуючими арбітражними регламентами до осіб, які призначаються як арбітри, як правило, досить розпливчасті. Наприклад, стаття 14(1) МЦУІС вимагає «компетентності в галузі права, торгівлі, промисловості або фінансів». ЮНСІТРАЛ нічого не встановлює з цього питання [60, с. 29].

Щодо складу Апеляційного трибуналу, інвестиційні угоди ЄС містять суттєві відмінності між собою. З цієї причини буде доцільним проаналізувати відмінності СЕТА та Угод ЄС-В'єтнам та ЄС-Сінгапур. Стаття 8.28 СЕТА передбачає створення Апеляційного трибуналу, але містить мало подробиць щодо його складу та функціонування. Стаття 8.28(3) говорить, що члени Апеляційного трибуналу повинні відповідати вимогам, встановленим для призначення членів Трибуналу (першої інстанції), та відповідати тим самим етичним стандартам, які викладені у статті 8.30. Передбачається, що Апеляційний суд розглядає справи у відділах, які з трьох членів, призначених випадковим чином (без уточнення ким) [27].

Більше жодних подробиць щодо складу Апеляційного трибуналу чи відділів не наводиться. Визначення решти аспектів фактично залишено на розсуд рішення Спільного комітету СЕТА, яке має бути прийняте «оперативно» (але без встановленого терміну). У такому рішенні будуть встановлені правила, що стосуються: (а) адміністративної підтримки; (б) процедурних питань, що застосовуються виключно до Апеляційного трибуналу, включаючи правила передачі рішень назад до Суду; д) положень, пов'язаних із витратами на розгляд; (е) кількості членів Апеляційного трибуналу та (ж) будь-яких інших відповідних елементів [27].

Угода між ЄС та В'єтнамом встановлює докладніші положення щодо апеляційного органу, який, згідно з цією угодою, називається Апеляційним трибуналом. Основним положенням є стаття 13 глави 8, розділу 3, за якою Апеляційний суд складатиметься із шести членів. Два з них будуть громадянами однієї з держав-членів ЄС, два – громадянами В'єтнаму та два – громадянами третьої країни. Члени призначаються на чотирирічний термін, який може бути подовжено один раз. Вимоги щодо кваліфікації суддів за цією угодою практично ідентичні тим, що ми вже розглянули в положеннях СЕТА [74, с. 185].

Що стосується функціонування відділів, СЕТА та Угода ЄС-В'єтнам також значною мірою різняться. Якщо СЕТА містить лише одне положення про те, що Апеляційний трибунал розглядатиме апеляції у відділах, що складаються з трьох довільно призначених членів, то в Угоді ЄС-В'єтнам викладено набагато більш докладні положення. По суті, ці положення дотримуються тих самих принципів, що визначають склад відділів Трибуналу (першої інстанції) СЕТА. Більше конкретно, Апеляційний суд у рамках ЗВТ ЄС-В'єтнам розглядатиме апеляції у відділах, що складаються з трьох членів. Як завжди, один із них буде громадянином держави-члена ЄС, один - громадянином В'єтнаму, а третім членом відділу буде громадянин третьої країни, який також виконуватиме функції голови [74, с. 187].

Наступним кроком повинно бути створення багатостороннього інвестиційного трибуналу (МІТ). Після проведення консультацій у 2016-2017 роках Європейська комісія 13 вересня 2017 року винесла рекомендацію Раді ЄС про початок міжнародних переговорів щодо МІТ з метою «мати один, багатосторонній інститут для винесення рішень щодо інвестиційних спорів, що охоплюються всіма діючими двосторонніми угодами», а не деїлька двосторонніх інвестиційних судів. Рада ЄС ухвалила переговорні директиви, які уповноважують Європейську комісію провести від імені ЄС переговори щодо конвенції про створення багатостороннього інвестиційного трибуналу (МІТ) для вирішення спорів між інвесторами та державою щодо міжнародних інвестиційних угод у рамках Робочої групи III ЮНСІТРАЛ [75, с. 196].

Інвестиційні угоди ЄС, що передбачають створення МІТ – це ті ж інвестиційні угоди нового покоління ЄС. Нажаль, в даних договорах немає пояснення щодо часових рамок створення, механізму вирішення конфліктів чи інших аспектів. Прикладом може послужити стаття 8.29 СЕТА: «Сторони спільно з іншими торговими партнерами прагнуть створення багатостороннього інвестиційного трибуналу та апеляційного механізму для вирішення інвестиційних спорів. Після створення такого багатостороннього механізму Спільний комітет СЕТА приймає рішення, що передбачає, що інвестиційні суперечки відповідно до цього розділу будуть вирішуватись відповідно до багатостороннього механізму, та

вживає відповідних перехідних заходів» [27]. Ситуація в інших угодах практично ідентична.

Основними причинами зміни та запровадження МІУ є передбачуваність рішень, незалежність і неупередженість суддів, апеляційна інстанція та більший контроль над витратами на розгляд та його тривалістю. Крім того, з 2017 року Робоча група III ЮНСІТРАЛ обговорює потенційні варіанти внесення змін до ISDS. Робоча група III відновила свою роботу у січні 2020 року. Під час засідання обговорювалися питання, що виникають у зв'язку зі створенням багатостороннього інвестиційного суду, що стосуються його юрисдикції, відносин з іншими правовими нормами та інститутами, апеляційного механізму та призначення арбітрів [75, с. 200].

Однак щодо МІС також присутня критика, під час переговорів в ЮНСІТРАЛ Чарльз Брауер, який є висококваліфікованим юристом у сфері міжнародного права та був суддею *ad hoc* в Міжнародному Суді ООН, виказав свою стурбованість, що судді, призначені в постійний багатосторонній суд, можуть бути схильні до політичної упередженості, що може відлякати потенційних інвесторів і відповідно вплине на розвиток інвестиційної діяльності у глобальному масштабі [76].

Таким чином, в даному розділі ми розглянули процедуру вирішення конфліктів за інвестиційними договорами ЄС, а саме згідно СЕТА, а також розглянули деякі положення що стосуються призначення арбітрів апеляційної інстанції за Угодами ЄС-В'єтнам та ЄС-Сінгапур. Здебільшого, як і в цілому по даній роботі було розглянуто положення саме СЕТА.

Врегулювання спорів за договорами складається з досудового розгляду, судового розгляду та апеляції. Щодо досудового розгляду, то у розпорядженні сторін присутні два інструменти на етапі досудового розгляду – це обов'язкові консультації та необов'язкове посередництво. З аналізу СЕТА та літератури можна зробити висновок, що сторони Угоди намагались скоротити, відсіяти велику частину спорів надаючи інші можливості для вирішення спору, а також доволі широкі строки на подання скарги.

Щодо положень про судовий розгляд в першій інстанції, цікавим видається посилання у договорі на інші арбітражні процеси, однак, норми, що містяться в СЕТА, мають основний характер, тобто посилання зроблені для інтеграції, доповнення та заповнення прогалин у правилах, передбачених інвестиційними угодами ЄС. Також є досить ліберальний підхід, згідно якого за бажанням позивача засідання може проводитися суддею одноосібно, однак останнє слово за відповідачем.

Щодо арбітражного розгляду, то це є нетиповим для більшості арбітражних процесів, в яких рішення є безапеляційними. Це сприяє захищеності сторін від помилок допущених в першій інстанції та збільшує довіру до арбітражу загалом.

Що стосується ICS, то це є іноваційним підходом, який не зустрічається в будь-якій іншій інвестиційній угоді. Це постійні судові органи, які мають чітку та прозору процедуру обрання арбітрів, розподілення справ та винесення рішень. МІС, в свою чергу, повинен замінити ICS, створивши єдиний судовий орган для всіх інвестиційних договорів, щоправда, цей проект ще далекий від реалізації та немає чітких положень в існуючих договорах.

ВИСНОВКИ

Метою даної дипломної роботи було дослідити правове регулювання інвестиційної діяльності в Європейському Союзі. Було проаналізовано історичні етапи розвитку компетенції ЄС у сфері регулювання інвестиційної діяльності. ЄС пройшовши шлях від майже повного невтручання в інвестиційну політику держав членів, поступово нарощуючи вплив та компетентність через укладання Міжнародних інвестиційних угод ЄС Союз став ключовим гравцем у сфері інвестицій, а прямі іноземні інвестиції загалом перейшли під виключну юрисдикцію ЄС. Союз створив міцну основу для зовнішньоекономічної діяльності та посилити свою роль у розробці міжнародних інвестиційних норм.

Було важливо дослідити питання визначення поняття «інвестиції», так як ні в первинному законодавстві, ні у вторинному немає визначення цього поняття. Проаналізувавши номенклатуру та порівнявши її із тестом Саліні, дійшов висновку, що «інвестиції - це будь-який вид активів, якими володіє або які контролює інвестор, прямо чи опосередковано, і які мають характеристики інвестицій, що включає певну тривалість та інші характеристики, такі як вкладення капіталу або інших ресурсів, очікування прибутку або доходу, або прийняття на себе ризику». Хоч у договорі, номенклатурі чи рішеннях Суду ЄС немає роз'яснення всіх цих критеріїв, окрім хіба що переліку того, що вважається економічно цінним, арбітражна практика щодо питань тривалості та ризиків вже доволі широка і може запропонувати багато підходів до тлумачення цих елементів.

Після набрання чинності Лісабонського договору, ЄС значно збільшився як на зовнішні, так і на внутрішні ДІД ЄС. Одним рішенням у справі Achmea Суд ЄС відмінив відразу усі 190 внутрішніх ДІДів держав-членів ЄС тим самим повністю змінив підхід до вирішення інвестиційних спорів, передавши юрисдикцію від інвестиційних арбітражів до національних судів держав-членів. Хоч і відношення не у всіх держав збігалося щодо цього рішення, на даний момент перехід юрисдикції можна вважати фактом, що стався.

Щодо договорів держав-членів ЄС з третіми країнами, то Союз також поступово набирає все більшого значення. Хоч ЄС досі не ухвалив типову угоду який стане єдиним стандартом інвестиційного договору, один із перших інвестиційних договорів ЄС «Всеосяжна економічна і торгова угода» з Канадою встановлює новаторські, ліберальні стандарти щодо захисту інвестицій відходячи від доктрини єдиного ефекту і надаючи країнам значно більші свободи у регулюванні державної політики, не втручаючись у суверенітет держав регулюванні економіки, екології тощо.

Також було розглянуто регламент ЄС про скринінг ПІІ, який хоч і є відносно новим інструментом, його вплив на скринінг ПІІ в Європейському Союзі важко переоцінити. На сьогодні Комісія повідомила про 18 національних механізмів скринінгу. Решту держав за рідкими виключеннями також впевнено рухаються в цьому напрямку. Після російської агресії проти України у лютому 2022 року стало очевидним те, що держави-члени європейського союзу повинні ставитися до скринінгу ПІІ з усією відповідальністю, так як антидемократичні сили можуть впливати на політику держав, а відповідно і цілого ЄС через інвестиції, більше того використовувати їх як зброю, що вражає енергетичну безпеку країн, та їхні економіки.

Проаналізувавши підхід ЄС до інвестиційних угод нового покоління на прикладі СЕТА було логічно розглянути механізм врегулювання інвестиційних спорів між інвестором та державою в даному договорі та провести аналіз моментів, які відрізняються в даній угоді від інших схожих угод ЄС.

Врегулювання спорів за договорами складається з досудового розгляду, судового розгляду та апеляції. Досудовий розгляд – це стадія на якій сторони можуть врегулювати конфлікт не прибігаючи до вирішення спору в арбітражі, що є набагато довшим та дорожчим процесом. У розпорядженні сторін присутні два інструменти на цьому етапі розгляду – це обов'язкові консультації та необов'язкове посередництво. З аналізу СЕТА та літератури можна зробити висновок, що сторони Угоди намагались скоротити, відсіяти велику частину спорів надаючи інші можливості для вирішення спору, а також доволі широкі строки на подання скарги.

Про це також свідчить той факт, що сторони можуть звернутися за посередництвом на будь-якому етапі спору.

Щодо положень про судовий розгляд в першій інстанції, цікавим видається посилення у договорі на інші арбітражні процеси, однак, норми, що містяться в СЕТА, мають основний характер, тобто посилення зроблені для інтеграції, доповнення та заповнення прогалів у правилах, передбачених інвестиційними угодами ЄС. Також є досить ліберальний підхід, згідно якого за бажанням позивача засідання може проводитися суддею одноосібно, однак останнє слово за відповідачем. Можливо було б доречно додати критерії за якими спір автоматично б переводився в категорію «малозначні» справи як це реалізовано в законодавстві багатьох країн.

Що стосується арбітражного розгляду, то це є нетиповим для більшості арбітражних процесів, в яких рішення є безапеляційними. Це сприяє захищеності сторін від помилок допущених в першій інстанції та збільшує довіру до арбітражу загалом.

Система інвестиційних судів – це є іноваційним підходом до побудови судових органів, який не зустрічається в будь-якій іншій інвестиційній угоді. Це постійні судові органи, які мають чітку та прозору процедуру обрання арбітрів, розподілення справ та винесення рішень. Міжнародний інвестиційний суд, в свою чергу, повинен замінити ICS, створивши єдиний судовий орган для всіх інвестиційних договорів, щоправда, цей проект ще далекий від реалізації та немає чітких положень в існуючих договорах.

Враховуючи основну частину роботи та відповідні результати дослідження, здійснено загальну характеристику правового регулювання інвестиційної діяльності в ЄС; встановлено еволюцію розвитку правових норм ЄС; досліджено зовнішні та внутрішні інвестиційні угоди ЄС; досліджено механізм вирішення спорів за інвестиційними договорами ЄС.

Сформульовані висновки можуть використовуватися для підготовки наукових робіт, кваліфікаційних, магістерських робіт з відповідних суміжних тем, застосовуватися для поглиблення своїх знань у інвестиційному праві.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. European Commission, Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU
2. Борщ Л. Інвестування: теорія і практика: Навчальний посібник / Борщ Л.І. - К.: Знання, 2010. – 470 с.
3. Договір про заснування Європейської Спільноти (Договір про заснування Європейського економічного співтовариства). Офіційний вебпортал парламенту України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017#Text (дата звернення: 05.10.2022).
4. Бойчук Р. Основні засади правового регулювання інвестиційної діяльності в ЄС. Право та інноваційне суспільство. 2015. Т. 2, № 5. С. 22–31.
5. The historical development of European integration. European Parliament. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/PERI/2018/618969/IPOL_PERI\(2018\)618969_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/PERI/2018/618969/IPOL_PERI(2018)618969_EN.pdf) (дата звернення: 19.10.2022).
6. Єдиний європейський акт (укр/рос). Офіційний вебпортал парламенту України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_028#Text (дата звернення: 06.10.2022)
7. Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями. Офіційний вебпортал парламенту України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text (дата звернення: 05.10.2022).
8. European Commission, Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements, Fact Sheet, November 2013
9. The Evolution of EU Investment Law and the Future of EU-China Investment Relations. China and International Investment Law. 2014. С. 297–371. URL: https://doi.org/10.1163/9789004279636_013 (дата звернення: 05.11.2022).
10. Rovetta D. Investment Arbitration in the EU After Lisbon: Selected Procedural and Jurisdictional Issues. Common Commercial Policy after Lisbon. Berlin, Heidelberg, 2013. С. 221–233. URL: https://doi.org/10.1007/978-3-642-34255-4_13 (дата звернення: 06.11.2022).
11. Basedow R. A Legal History of the EU's International Investment Policy. The Journal of World Investment & Trade. 2016. С. 743–772. URL: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340011> (дата звернення: 06.11.2022).
12. EUR-Lex - 12007L/TXT - EN - EUR-Lex. EUR-Lex – Access to European Union law – choose your language. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12007L/TXT> (дата звернення: 24.08.2022).
13. Catharine T. EU Investment Agreements and the Search for a New Balance: A Paradigm Shift from Laissez-faire Liberalism Toward Embedded Liberalism?. Vale Columbia Center on Sustainable International Investment. 2013. № 86.
14. Charter Of Fundamental Rights of the European Union. EUR-Lex – Access to European Union law – choose your language. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (дата звернення: 05.10.2022).

15. Baratta R. Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the ECJ's prior involvement mechanism. *Common Market Law Review*. 2013. Т. 80. С. 1305–1332.
16. Terziev V., Petkov M., Krastev D. Sources of European Union law. *SSRN Electronic Journal*. 2021. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3838631> (дата звернення: 06.11.2022).
17. Judgment of the Court of 19 November 1991. - Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic. - References for a preliminary ruling: Pretura di Vicenza and Pretura di Bassano del Grappa - Italy. - Failure to implement a directive - Liability of the Member State. - Joined cases C-6/90 and C-9/90.
18. Judgement Court of Justice of the European Union of 14.07.1994. № C-91/92.
19. Директива Європейського парламенту та Ради ЄС 2002/87/ЄС від 16 грудня 2002 р. про додатковий нагляд за кредитними інститутами, страховими компаніями і інвестиційними фірмами в складі фінансових конгломератів і про внесення змін в Директиви 73/239/ЄЕС, 79/267/ЄЕС, 92/49/ЄЕС, 92/96/ЄЕС, 93/6/ЄЕС, 93/22/ЄЕС Ради ЄС і в Директиви 98/78/ЄС, 2000/12/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32002L0087>.
20. Директива комісії 2003/125/ЄС від 22 грудня 2003 року про виконання Директиви 2003/6/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС про інсайдерські операції та маніпуляції на ринку (зловживання на ринку) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/45877>.
21. Директива №2003/6/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС про використання інсайдерської інформації в процесі торгів і маніпулювання ринком (ринковими махінаціями) від 28 січня 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_a68.
22. Директива 2004/39/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про ринки фінансових інструментів, що вносить зміни в Директиви Ради 85/611/ЄЕС і 93/6/ЄЕС та Директиву 200/12/ЄС Європейського парламенту та Ради і припиняє дію Директиви Ради 93/22/ЄЕС» від 21 квітня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_586.
23. Council Directive (88/361/EEC) for the implementation of Article 67 of the Treaty. EUR-Lex – Access to European Union law – choose your language. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31988L0361&from=EN> (дата звернення: 01.11.2022).
24. Judgement Court of Justice of the European Union of 16.03.1999. № C-222/97.
25. Judgement Court of Justice of the European Union of 10.02.2009. № C-110/05. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62005CJ0110> (дата звернення: 07.09.2022).
26. Tzeng P. Wiki Note: Salini Test. *Jus Mundi | Search Engine for International Law and Arbitration*. URL: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-salini-test> (дата звернення: 06.10.2022).

27. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) : International Agreement. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (дата звернення: 11.10.2022).
28. Burger, L., The trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test), *ASA Bulletin*, 2013, pp. 145-160.
29. Judgment European Court of Justice of 12.12.2006. Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue № C-446/04. URL: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-446/04> (дата звернення: 05.10.2022).
30. L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria, Award, 10 Jan 2005. Jus Mundi | Search Engine for International Law and Arbitration. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-consortium-groupement-l-e-s-i-dipenta-v-peoples-democratic-republic-of-algeria-award-monday-10th-january-2005> (дата звернення: 19.10.2022).
31. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4
32. Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3
33. Romak S.A. (Switzerland) v . The Republic of Uzbekistan, Award
34. International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. Home | UNCTAD Investment Policy Hub. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (date of access: 05.10.2022).
35. Hess B. The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice. *SSRN Electronic Journal*. 2018. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3152972> (date of access: 02.11.2022).
36. Judgement of Court of Justice of the European Union of 06.03.2018 in Slovakische Republik v Achmea BV/no. C-284/16. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=993642> (date of access: 05.10.2022).
37. Pinsolle P., Michou I. Arbitration: The Achmea v Slovakia Judgment of the CJEU, is it really the end of Intra-EU Investment Treaties?. *Quinn Emanuel Trial Lawyers - Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP*. URL: <https://www.quinnemanuel.com/media/1418711/the-achmea-judgement-ending-intra-eu-investment-treaties.pdf> (дата звернення: 19.10.2022).
38. Florian S. Brace for Impact? Examining the reach of Achmea v Slovakia - *Kluwer Arbitration Blog*. *Kluwer Arbitration Blog*. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/24/brace-for-impact-examining-the-reach-of-achmea-v-slovakia/> (дата звернення: 18.10.2022).
39. A . Dimopoulos, Achmea: The Principle of Autonomy and Its Implications for Intra and Extra-EU BITs, *EJIL: Talk!*, 27 March 2018. URL: <https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/> (дата звернення: 18.10.2022).

40. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Protection of intra-EU investment, Brussels, 19 July 2018, COM(2018)
41. Wehland H. The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond. *The Journal of World Investment & Trade*. 2016. Т. 17, № 6. С. 942–963. URL: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340023> (дата звернення: 06.10.2022).
42. Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection. URL: https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en (дата звернення: 07.10.2022).
43. Charlotin D., Peterson E. Analysis: four additional takeaways from Achmea-related declarations by EU member states. *IA Reporter*. 2019.
44. Soloch B. CJEU Judgment in Case C-284/16 Achmea: Single Decision and Its Multi-Faceted Fallout. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. 2019. Т. 18, № 1. С. 3–32. URL: <https://doi.org/10.1163/15718034-12341393> (дата звернення: 06.11.2022)
45. Marfin Investment Group v. The Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 July 2018
46. UP and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018
47. United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21 June 2019
48. AGREEMENT for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. EUR-Lex – Access to European Union law – choose your language. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01)) (дата звернення: 19.10.2022).
49. Lavranos N. In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs - A Member State's Perspective. SSRN. URL: <https://ssrn.com/abstract=2226979> (дата звернення: 31.08.2022).
50. European international investment policy European Parliament resolution. EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2012.296.01.0034.01.ENG&toc=OJ:C:2012:296E:FULL> (date of access: 08.10.2022)
51. European Commission. Towards a comprehensive European international investment policy. Communication. EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:EN:PDF> (дата звернення: 06.10.2022).
52. Henquet T. International investment and the European Union: an uneasy relationship. *Investment Law within International Law* / ред. F. Baetens. Cambridge. С. 375–386. URL: <https://doi.org/10.1017/cbo9781139855921.024> (дата звернення: 06.11.2022).
53. Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership

- Agreement. Trade - European Commission. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf (date of access: 07.10.2022).
54. European Union (EU) Council, 3109th General Affairs Council Meeting, Press Release, 12 September 2011, at 13. Consilium. URL: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/genaff/124579.pdf (date of access: 01.10.2022).
55. Müller D. Wiki Note: Sole Effect Doctrine. Jus Mundi | Search Engine for International Law and Arbitration. URL: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-sole-effect-doctrine> (date of access: 12.10.2022).
56. Xavier Van Overmeire, Ari Van Assche, Marianne Bastille-Parent. The Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada: Economic Perspectives and Legal Analysis. LexisNexis Canada, 2020. 184 c.
57. Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019, establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, OJ L 79 1, 21.3.2019 (EU FDI Screening Regulation)
58. Berlin Paris Rome. Proposals for ensuring an improved level playing field in trade and investment. BMWK - Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz. URL: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkt Papier-proposals-for-ensuring-an-improved-level-playing-field-in-trade-and-investment.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (дата звернення: 30.09.2022).
59. de Jong B., Zwartkruis W. The EU Regulation on Screening of Foreign Direct Investment: A Game Changer?. European Business Law Review. 2020. Т. 31, Issue 3. С. 447–474. URL: <https://doi.org/10.54648/eulr2020019> (дата звернення: 06.11.2022).
60. Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy. EUR-Lex – Access to European Union law. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0066> (дата звернення: 04.10.2022).
61. Zeynalova A. Foreign Direct Investment in the EU. SSRN Electronic Journal. 2020. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3754769> (дата звернення: 06.11.2022).
62. Kyriakos Fountoukakos, Daniel Vowden, Daniel Barrio. European Union. Foreign Direct Investment Regulation Guide - First Edition. 2021. URL: <https://globalcompetitionreview.com/guide/foreign-direct-investment-regulation-guide/first-edition/article/european-union> (дата звернення: 26.10.2022).
63. Eva Rytter Sunesen, Morten May Hansen. Screening of FDI towards the EU. Copenhagen Economics. URL: <https://copenhageneconomics.com/wp-content/uploads/2021/12/copenhagen-economics-2018-screening-of-fdi-towards-the-eu.pdf> (дата звернення: 25.10.2022).
64. Furculita C. FTA Dispute Settlement Mechanisms – Alternative Fora for Trade Disputes: The Case of CETA and EUJEPА. SSRN Electronic Journal. 2020. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3686463> (дата звернення: 07.10.2022).

65. Bilateral Investment Treaties. International Trade Administration | Trade.gov. URL: <https://www.trade.gov/bilateral-investment-treaties> (дата звернення: 01.11.2022).
66. Bungenberg M., Reinisch A. An Overview of the CETA – Investment Chapter (Chapter 8). CETA Investment Law. 2022. С. 1–42. URL: <https://doi.org/10.5771/9783748902133-1> (дата звернення: 07.10.2022).
67. VanDuzer J. A. Investor-State Dispute Settlement in CETA: Is It the Gold Standard?. SSRN Electronic Journal. 2016. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2860319> (дата звернення: 07.10.2022).
68. Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation. International Centre for Settlement of Investment Disputes. URL: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf (дата звернення: 07.10.2022).
69. Overduin D. INVESTMENT CHAPTER IN CETA: GROUNDBREAKING OR MUCH ADO ABOUT NOTHING?. International Arbitration and EU Law. 2021. С. 338–359. URL: <https://doi.org/10.4337/9781788974004.00027> (дата звернення: 07.11.2022).
70. SARDINHA E. Towards a New Horizon in Investor–State Dispute Settlement? Reflections on the Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA). Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international. 2017. Т. 54. С. 311–365. URL: <https://doi.org/10.1017/cyl.2017.10> (дата звернення: 07.11.2022).
71. From arbitration to the investment court system (ICS): The evolution of CETA rules | Think Tank | European Parliament. European Parliament. URL: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA\(2017\)607251](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2017)607251) (дата звернення: 07.10.2022).
72. CJEU finds ICS in Canada–EU CETA to be in line with EU law – Investment Treaty News. International Institute for Sustainable Development. URL: <https://www.iisd.org/itn/en/2019/06/27/cjeu-finds-ics-in-canada-eu-ceta-to-be-in-line-with-eu-law/> (дата звернення: 07.11.2022).
73. The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?. SciELO Colombia- Scientific Electronic Library Online. URL: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932019000100083 (дата звернення: 07.10.2022).
74. Kim J. W., Winnington-Ingram L. M. Investment Court System Under EU Trade and Investment Agreements: Addressing Criticisms of ISDS and Creating New Challenges. Global Trade and Customs Journal. 2021. Т. 16, Issue 5. С. 181–192. URL: <https://doi.org/10.54648/gtcj2021020> (дата звернення: 07.11.2022).
75. Zwolankiewicz A. Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?. Groningen Journal of International Law. 2021. Т. 9, № 1. С. 195–211. URL: <https://doi.org/10.21827/grojil.9.1.195-211> (дата звернення: 07.11.2022).
76. Guillaume Croisant. Wiki Note: Multilateral Investment Court. Jus Mundi | Search Engine for International Law and Arbitration. URL:

<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-multilateral-investment-court>
(дата звернення: 07.11.2022).