

ЗАСТОСУВАННЯ КРИТЕРІЇВ «SALINI» ТА «FEDAX» ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ПОНЯТТЯ «ІНВЕСТИЦІЇ» ЯК ІНСТРУМЕНТ ВСТАНОВЛЕННЯ RATIONE MATERIAE МІЖНАРОДНОГО ЦЕНТРУ З ВРЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ (ICSID)

APPLICATION OF THE «SALINI» AND «FEDAX» CRITERIA IN DETERMINING THE CONCEPT OF «INVESTMENT» AS AN TOOL FOR ESTABLISHING THE RATIONE MATERIAE OF THE INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)

Мануїлова К.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена проблемам тлумачення поняття інвестицій, оскільки подеколи виникає питання, чи підпадають господарські операції під інвестиційну діяльність. Це породило давню проблему арбітражних груп, які намагаються розробити дієвий тест на те, чи підпадає щось під сферу «інвестування».

У статті розглядається питання щодо застосування критеріїв «Salini» та «Fedax» при визначенні поняття «інвестиції». Зважаючи на вимоги статті 25 (1) Вашингтонської конвенції, визначення терміну «інвестиції» у міжнародному інвестиційному праві має фундаментальне значення для питання про те, чи має трибунал юрисдикцію щодо предмета спору. Критерії «Salini» та «Fedax» були сформовані безпосередньо арбітражами як взірці для визначення інвестицій, тому вони мають вплив на визначення наявності у трибуналу юрисдикції щодо розгляду спору.

Підкреслюється, що більшість сучасних двосторонніх інвестиційних договорів посилаються на «будь-який вид активів» або «всі активи», включаючи перелік прикладів, які можуть претендувати на охоплення; претензії на гроші та будь-які результати, що мають фінансову цінність. Цей широкий підхід також став стандартною політикою великих економічних угруповань, таких як Європейські співтовариства. Серед операцій, перерахованих як інвестиції, є «акції, облігації, боргові зобов'язання, гарантії чи інші фінансові інструменти компанії, іншої фірми, уряду чи іншого державного органу чи міжнародної організації; претензії на гроші, товари, послуги чи інші результати, що мають економічну цінність». Подібну тенденцію можна виявити в контексті основних багатосторонніх інструментів.

Трибунал у справі *Salini vs Morocco* представив чіткий чотиристоронній тест, який арбітри мали використовувати, щоб визначити, чи справді іноземним інвестором вчинено інвестиції для цілей арбітражу ICSID. Тест вимагав: (1) внеску грошей або активів; (2) певний термін реалізації проекту; (3) елемент ризику; і (4) внесок в економіку приймаючої держави.

В той же час в арбітражній практиці відбувалися різні дебати щодо того, як їх тлумачити. Деякі рішення, наприклад, розглядали критерії «Salini» та «Fedax» як юрисдикційні вимоги, але інші радше поклалися на гнучкість, щоб обмежити значення критеріїв набором суто індикативних ознак.

Ключові слова: інвестиції, критерії «Salini», критерії «Fedax», *ratione materiae*, міжнародні інвестиційні спори.

The article is devoted to the problems of interpretation of the concept of investment, as the question sometimes arises as to whether economic operations fall under investment activity. This has given rise to the age-old problem of arbitration groups trying to develop a workable test for whether something falls within the realm of «investment».

The article considers the issue of applying the «Salini» and «Fedax» criteria when defining the concept of «investment». Given the requirements of Article 25(1) of the Washington Convention, the definition of the term «investment» in international investment law is of fundamental importance to the question of whether a tribunal has jurisdiction over the subject matter of the dispute. The «Salini» and «Fedax» criteria were developed directly by arbitrations as a model for determining investments, so they have an impact on determining whether a tribunal has jurisdiction over a dispute.

It is emphasized that most modern bilateral investment treaties refer to «any type of asset» or «all assets», including a list of examples that may claim to be covered; claims for money and any results of financial value. This broad approach has also become the standard policy of major economic groupings such as the European Communities. Transactions listed as investments include «shares, bonds, debentures, guarantees or other financial instruments of a company, other firm, government or other government agency or international organization; claims for money, goods, services, or other results of economic value». A similar trend can be found in the context of major multilateral instruments.

The *Salini vs Morocco* tribunal presented a clear four-pronged test for arbitrators to use to determine whether an investment was actually made by a foreign investor for the purposes of an ICSID arbitration. The test required: (1) a contribution of money or assets; (2) a certain term of project implementation; (3) element of risk; and (4) contribution to the host economy.

At the same time, various debates took place in arbitration practice regarding how to interpret them. Some decisions, for example, treated the *Salini* and *Fedax* criteria as jurisdictional requirements, but others preferred to rely on flexibility to limit the meaning of the criteria to a set of purely indicative features.

Key words: investments, «Salini» criteria, «Fedax» criteria, *ratione materiae*, international investment disputes.

Постановка проблеми. Визначення інвестицій у міжнародному інвестиційному праві має фундаментальне значення для питання про те, чи має трибунал юрисдикцію щодо предмета спору. Через відсутність чіткого визначення терміну «інвестиція» згідно зі статтею 25 Вашингтонської конвенції та враховуючи загальний характер двосторонніх угод про захист інвестицій (ДІД) щодо цього, арбітражні трибунали зіткнулися з проблемою встановлення насамперед існування «інвестиції», визначаючи наявність своєї юрисдикції щодо розгляду спору.

Даної проблематики торкалися у своїх роботах Грабовські А., Деломе Ж., Жюйяр П., Карро Д., Мартін А., Сорнарайх М., Тіммер Л., Фітцморіс Дж., Шемшученко С. О., та ін. Однак невирішеними залишаються питання

щодо підходів до розуміння обсягу критеріїв «Salini» та «Fedax» та необхідність їх застосування арбітражами при прийнятті спорів до розгляду, чи дійсно є необхідним суворо дотримуватись сформульованих критеріїв чи слід тлумачити «інвестиції» у широкому тлумаченні, що призводить до дискусій та протиріч у судовій практиці.

Метою даної роботи є необхідність дослідити вплив критеріїв «Salini» та «Fedax» на встановлення предметної юрисдикції ICSID у міжнародних інвестиційних спорах.

Викладення основного матеріалу. Відповідно до статті 25 (1) Вашингтонської конвенції, до компетенції Центру належить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим

органом Договірної держави, про який повідомлено Договірною державою Центру) та особою іншої Договірної держави, при умові наявності письмової згоди учасників спору про передачу такого спору для вирішення Центру. Сторони, що досягли такої згоди не вправі відмовитися від неї в односторонньому порядку [1].

Отже, зважаючи на зміст вищенаведеної статті, Вашингтонська конвенція не надає визначення поняття «інвестиція»/«інвестиції», що ускладнює встановити наявність предметної юрисдикції (*ratione materiae*) на розгляд спору саме у трибуналі ICSID.

Оскільки поняття «інвестиції» не визначені в Конвенції, однак такі визначення є чітко сформульовані та прямо містяться в ДІД та інших інвестиційних контрактах. Сторони ДІД, тобто дві суверенні держави, вступають у консультації та переговори, щоб чітко визначити термін «інвестиції», який регулює їхні відносини та навіть суперечки, що виникають після цього. Право ДІД розробляється сторонами з урахуванням сфер міжнародного публічного права, а також міжнародного приватного права. Можливо саме з цієї причини укладачі Вашингтонської конвенції свідомо відійшли від визначення відповіді на запитання «що таке інвестиція(ї)?».

Так, наприклад, укладений між Україною та Федеративною Республікою Німеччина ДІД визначає «інвестиції» як всі види майнових цінностей, зокрема: а) власність у вигляді рухомого і нерухомого майна, а також інші майнові права, такі як іпотечні та права застав; б) право на часткову участь та інші форми участі в товариствах; в) право вимоги щодо грошових коштів, які використовуються для створення матеріальних або нематеріальних цінностей або вимог щодо послуг, які мають таку цінність; г) права інтелектуальної власності, такі як, зокрема, авторські права, патенти, базові моделі, промислові зразки і моделі, товарні знаки, фірмові назви, виробничі та комерційні таємниці, технології, «ноу-хау», «гудвілл»; д) відповідно до законодавства або надалі по контрактах, що укладені відповідно до цього законодавства, права на здійснення господарської діяльності, включаючи права на розвідування, розробку, видобуток або експлуатацію природних ресурсів [2].

В той же час, зважаючи на узагальнені тлумачення інвестицій, подеколи виникає питання чи підпадають господарські операції під інвестиційну діяльність. Це породило давню проблему арбітражних груп, які намагаються розробити дієвий тест на те, чи підпадає щось під сферу «інвестування». Кілька перших судів, які підняли це питання, зробили це *sua sponte* і дійшли висновку, що об'єктивне визначення інвестиції виконано. Однак їх аналіз не досліджував це питання глибше, оскільки жодна зі сторін у справах не припускала, що це питання має велике значення. Перший ретельний аналіз об'єктивного визначення інвестиції відбувся у справі *FEDAX N.V. v. The Republic of Venezuela* [3]. Основне юрисдикційне питання, яке порушується у цій справі, стосується того, чи стосується суперечка «інвестиції» у значенні статті 25 (1) Конвенції. Це перша справа на розгляді трибуналу ICSID, у якій юрисдикція трибуналу була оскаржена на тій підставі, що базова транзакція не відповідає вимогам інвестиції відповідно до Вашингтонської конвенції. Так, Республіка Венесуела заперечила проти юрисдикції Центру у справі свого спору з *Fedax NV* на тій підставі, що остання компанія не може вважатися такою, що зробила інвестицію для цілей Конвенції, оскільки вона придбала шляхом індокаменту векселі, видані Республікою Венесуела у зв'язку з контрактом, укладеним з венесуельською корпорацією *Industrias Metalúrgicas Van Dam CA*. Таким чином, було зазначено, що тлумачення терміну «інвестиції» має вирішальне значення для визначення сфери юрисдикції Центру відповідно до Конвенції.

Згідно укладеному ДІД між Королівством Нідерландів і Республікою Венесуела, визначення «інвестиції» регулю-

ється згодою Договірних Сторін, а конкретне визначення, викладене в статті 1 (а) ДІД, є тим, що регулює юрисдикцію ICSID: «термін «Інвестиції» охоплює будь-який вид активів і, зокрема, але не виключно: ... (ii) права, отримані від акцій, облигацій та інших видів участі в компаніях і спільних підприємствах; (iii) право власності на гроші, інші активи або будь-які результати, що мають економічну цінність...» [4].

Це визначення свідчить про те, що сторони ДІД передбачили дуже широке значення терміну «інвестиції».

Позиція Республіки Венесуела ґрунтувалась на тому, що володіння *Fedax NV* векселями не кваліфікується як «інвестиції», оскільки ця операція не є прямою іноземною інвестицією, яка включає довгостроковий переказ фінансових ресурсів — капіталу. Венесуела також стверджувала, що у світлі правила тлумачення, викладеного в статті 31.1 Віденської конвенції 1969 року про право міжнародних договорів, термін «інвестиції» слід тлумачити відповідно до звичайного значення, яке надається умовам договору в їх контексті та в світлі його об'єкта та мети [5]. Відповідно до такого тлумачення, на думку Венесуели, інвестиції в економічному контексті означають «вкладення грошей або власності в бізнес-підприємства, щоб вони могли принести дохід або дохід».

Варто також зазначити, що у вищенаведеній справі було проведено паралель між Конвенцією МЦВІС і Конвенцією про заснування багатостороннього агентства з гарантії інвестицій (Сеульська конвенція), оскільки інвестиції, застраховані відповідно до останньої, кваліфікуватимуться як інвестиції відповідно до статті 25(1), втім ці дві системи не слід вважати ідентичними. Серед інших відмінностей можна вказати, що інвестиція визначена згідно з умовами Вашингтонської конвенції не матиме права на страхування згідно з Сеульською конвенцією, якщо вона не відповідає суворішим визначенням Сеульської конвенції, яка в основному регламентує страхування прямих іноземних інвестицій, тоді як, як обговорювалося вище, Вашингтонська конвенція може охоплювати інвестиції, які можуть бути не прямими, якщо цього вимагають обставини. Незважаючи на це, зміст Сеульської конвенції може в кінцевому підсумку поширитися на «будь-яку іншу середньострокову або довгострокову форму інвестування», включаючи позики, пов'язані з інвестиціями [6]. Це є альтернативою, яка також розширює сферу застосування Сеульської конвенції, і в цьому обсязі звужує відмінності з Вашингтонською конвенцією. В той же час, це не може бути визначальним елементом при визначенні терміну «інвестиції».

Крім того, текст статті 25(1) Вашингтонської конвенції встановлює, що «юрисдикція Центру поширюється на будь-який правовий спір, що виникає безпосередньо внаслідок інвестиції» [1]. Очевидно, що термін «безпосередньо» стосується в цій статті «спору» та не до «інвестиції». У зв'язку з чим трибуналом було зазначено, що юрисдикція може існувати навіть щодо інвестицій, які не є прямими, якщо спір виникає безпосередньо з вчинення такої операції. Саме тому термін «інвестиції» широко розумівся в практиці та рішеннях ICSID, а також у наукових працях, він ніколи раніше не був основним поставленим питанням перед трибуналами ICSID [3].

Так, позики кваліфікуються як інвестиції в межах юрисдикції ICSID, як і, за певних обставин, придбання облигацій. Оскільки векселі, які були предметом розгляду даного спору, є доказом позики та досить типовим фінансово-кредитним інструментом, ніщо не перешкоджає тому, щоб їх купівля кваліфікувалася як інвестиція відповідно до Вашингтонської конвенції за обставин конкретного випадку, такого як даний. Трибунал у справі, зокрема, зазначив, що право власності на гроші у визначенні «інвестиції» згідно умов укладеного між сторонами ДІД жодним чином не обмежується формами прямих іноземних інвес-

тицій або портфельних інвестицій, про що стверджувала Республіка Венесуела. Деякі такі обмеження, можливо, можуть застосовуватися до інших типів інвестицій, перелічених у такому визначенні, наприклад прав, отриманих від акцій або інших подібних типів інвестицій, але вони не застосовуються до кредитних операцій різних категорій.

Також трибуналом у справі *FEDAX N.V. v. The Republic of Venezuela* було застосовано широкий критерій прийнятності до визначення терміну «інвестицій», зважаючи на умови укладеного між сторонами ДІД. Більшість сучасних двосторонніх договорів такого роду посилаються на «будь-який вид активів» або «всі активи», включаючи перелік прикладів, які можуть претендувати на охоплення; претензії на гроші та будь-які результати, що мають фінансову цінність. Цей широкий підхід також став стандартною політикою великих економічних угруповань, таких як Європейські співтовариства. Забезпечуючи захист інвестицій, ЄС включив «усі типи активів, матеріальних і нематеріальних, які мають економічну цінність, включаючи прями чи непрямі внески готівкою, натурою або інвестованими або отриманими послугами». Серед операцій, перерахованих як інвестиції, є «акції, облигації, боргові зобов'язання, гарантії чи інші фінансові інструменти компанії, іншої фірми, уряду чи іншого державного органу чи міжнародної організації; претензії на гроші, товари, послуги чи інші результати, що мають економічну цінність». Подібну тенденцію можна виявити в контексті основних багатосторонніх інструментів. Було слушно зазначено, що Рекомендації Світового банку щодо режиму прямих іноземних інвестицій зовсім не обмежуються «прямими» інвестиціями. У пояснювальній доповіді пояснюється, що в цьому контексті немає жодних обмежень щодо характеру охоплених інвестицій і що Керівні принципи застосовуються як до «непрямих, так і до прямих інвестицій, а також до сучасних контрактних та інших форм інвестицій» [6].

Отже, в вищенаведеній справі вперше в рамках інвестиційного спору було досліджено саме тлумачення терміну «інвестицій» та вирішено застосовувати його у широкому значенні. Крім того, виявлено, що саме стандартною особливістю багатьох міжнародних фінансових операцій є те, що кошти фізично не переміщуються на територію бенефіціара (в контексті даної статті – приймаючої держави), а передаються в його розпорядження в іншому місці. Насправді багато позик і кредитів взагалі не залишають країну походження, але надаються постачальникам або іншим організаціям. Те саме стосується багатьох важливих офшорних фінансових операцій, пов'язаних з експортом та іншими видами бізнесу. І, звісно, у таких угодах часто використовуються векселі. Важливим питанням є те, чи використовуються надані кошти бенефіціаром кредиту, як у випадку з Республікою Венесуела, для фінансування різноманітних державних потреб. У справі не заперечується, що Республіка Венесуела за допомогою векселів отримала певну суму кредиту, яка була використана протягом певного періоду для її фінансових потреб. Визначений трибуналом статус спірних векселів також важливий як доказ того, що тип інвестицій не є просто короткостроковою, випадковою фінансовою угодою, як це може статися з інвестиціями, які надходять для швидкого прибутку та негайно залишаються згодом — тобто «мінливий капітал». Основні характеристики інвестицій були описані як такі, що передбачають певну тривалість, певну регулярність прибутку та прибутку, прийняття ризику, значне зобов'язання та значення для розвитку приймаючої держави. Отже, трибуналом було встановлено, що існує очевидний значний зв'язок між транзакцією та розвитком приймаючої держави, як це передбачено Законом про державний кредит Республіки Венесуела для випуску відповідного фінансового інструменту. З цього випливає, що, враховуючи конкретні обставини справи, операція відповідає основним ознакам інвестиції.

У цій справі були закладені елементи, які згодом стали тестом із чотирьох частин. В той же час, зміст терміну «інвестиції» не досліджувалось детально, оскільки трибунал у справі був задоволений своїм розумінням того, що визначення інвестицій відповідно до статті 25(1) слід тлумачити широко.

Цей критерій для визначення терміну «інвестиції» був остаточно сформульований у 2001 році у справі *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* [7], яка наразі є провідною справою з цього питання та у якій це визначення інвестицій було нарешті сформульовано в його нинішній формі. Рішення у даній справі було новаторським не лише через той факт, що воно визнавало, що «вимога щодо інвестицій має поважатися як об'єктивна умова юрисдикції Центру». Рішення трибуналу також було новаторським, оскільки в ньому було повне розмежування між умовами для інвестицій відповідно до застосовного ДІД і відповідно до статті 25(1) Вашингтонської конвенції. Після того, як він переконався, що умови для інвестування були виконані відповідно до ДІД, він потім окремо перевіряв, чи були виконані умови для інвестування для цілей статті 25(1).

Трибунал у справі *Salini vs Morocco* представив чіткий чотиристоронній тест, який арбітри мали використовувати, щоб визначити, чи справді іноземним інвестором вчинено інвестиції для цілей арбітражу ICSID. Тест вимагав: «(1) внеску грошей або активів; (2) певний термін реалізації проекту; (3) елемент ризику; і (4) внесок в економіку приймаючої держави» [7]. Для того, щоб розробити цей тест, арбітри вивчили різноманітні докази. Вони подивилися на старіші рішення, що стосуються міжнародних інвестицій, і виявили, що перші три частини їхнього тесту випливають з концепції міжнародного права, які містяться в рішеннях тих старіших рішень.

Однак склад трибуналу вважав, що в основному мовчазний характер тесту до цього моменту, тобто його перших трьох частин, залишив його неповним. Вони вважали, що вимоги, висунуті у вищезгаданій справі *Fedax* щодо надання кредиту на певний період з елементом ризику та дослідження правової природи вчинення інвестицій в контексті ДІД та Вашингтонської конвенції не повністю охоплює поняття інвестиції. Отже, вони додали четвертий елемент після вивчення преамбули Вашингтонської конвенції, яка відзначає роль приватних інвестицій в економічному розвитку країни держави. Протягом багатьох років цей тест виявився досить суперечливим, особливо четвертий критерій, що стосується економіки приймаючої держави.

Важливо відзначити, що трибунал *Salini vs Morocco* дав визначення інвестицій, поєднавши два різних підходи до визначення інвестицій. Він поєднав дедуктивний підхід професорів Карро, Флорі та Жюйяра з інтуїтивним підходом Жоржа Деломе. Дедуктивний підхід, який він використовував, зосереджувався на аспектах ризику, тривалості та внеску інвестицій. Інтуїтивний підхід, який він використовував, зосереджувався на важливості внеску в економіку приймаючої держави, згаданого в преамбулі Вашингтонської конвенції. Трибунал поєднав ці підходи, використовуючи інтуїтивний підхід, щоб додати 4-ий елемент до визначення інвестицій [8, с.115-116].

Втім, незалежно від того, наскільки суперечливим є тест, навіть арбітражні комісії, які врешті-решт модифікують тест, регулярно використовують його як відповідну точку, з якої базуються на своєму аналізі, що демонструє, що тест отримав чималий ступінь легітимності.

Так, трибунал у справі *Philip Morris v. Uruguay* заявив, що критерії інвестицій, визначені трибуналом *Salini*, «є типовими ознаками інвестицій згідно з Вашингтонською конвенцією, а не «набором обов'язкових правових вимог». Таким чином, вони можуть допомогти у визначенні або виключенні в екстремальних випадках наявності інвести-

цій, але вони не можуть перекреслити широку та гнучку концепцію інвестицій відповідно до Вашингтонської конвенції, якщо вона не обмежена відповідним договором, як у цьому випадку» [9].

У справі *Quiborax v. Bolivia* [10] була зроблена спроба висунути одну з цих новіших, розбіжних теорій визначення інвестицій. Основна дискусія між Кібораксом і Саліні зводиться до того, чи має щось сприяти економічному розвитку приймаючої держави, щоб кваліфікувати дію іноземного інвестора як інвестицію. *Quiborax* стверджує, що, хоча Вашингтонська конвенція намагається сприяти економічному розвитку через міжнародні інвестиції, такий розвиток не є необхідним елементом інвестицій. Розбіжність *Quiborax* із Саліні є недоціальною з двох причин, обидві з яких ґрунтуються на Віденській конвенції про тлумачення договорів. По-перше, інтерпретація *Quiborax* суперечить тексту Конвенції ICSID і без потреби розширює юрисдикцію ICSID. По-друге, скасування тесту Саліні створить невизначеність щодо інвестицій, щодо яких ICSID має контроль.

Справа *Quiborax* протиставляє висновки, зроблені трибуналом у справі Саліні, оскільки відхиляє четвертий елемент – сприяння економічному розвитку через міжнародні інвестиції, зазначаючи, що такий розвиток не є необхідним елементом інвестицій. Крім того, доводи групи *Quiborax* перебувала під сильним впливом міркувань інших груп, які вирішили модифікувати тест Саліні, тому в певному сенсі його можна розглядати як кульмінацію цієї лінії рішень. *Quiborax* відхилила четвертий пункт, оскільки виявила, що в преамбулі до Вашингтонської конвенції просто зазначено, що економічний розвиток є метою інвестицій, а не їх невід’ємною характеристикою. З цією метою він покладався на висновки у справі *Victor Pey Casado v. Chile*, де зазначено, що дійсно в преамбулі до Вашингтонської конвенції згадується внесок в економічний розвиток приймаючої держави. Однак це посилення представлено як наслідок, а не як умова інвестування: захищаючи інвестиції, Конвенція сприяє розвитку приймаючої держави. Це не означає, що розвиток приймаючої держави стає конститутивним елементом концепції інвестицій [11].

Трибуналом також було враховано висновки, наведені у рішенні *LESI Spa et Astaldi S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria* стосовно практичних труднощів визначення того, чи веде інвестиція до економічного розвитку приймаючої держави, де було зазначено, що не видається необхідним також відповідати елементу внеску в економічний розвиток країни, «вимозі, яка є будь-якою подією, яку важко встановити та неявно охоплюється іншими розглянутими елементами» [12].

Ця аргументація відмови Саліні зрозуміла, але містить дві вади. По-перше, він не зміг впоратися з усіма наслідками преамбули Вашингтонської конвенції, яка

узгоджується із положеннями Віденської конвенції. Хоча нерозумно у вакуумі сказати, що внесок в економіку приймаючої держави є просто метою інвестиції, це не відповідає заявленим цілям ICSID сприяти економічному розвитку, і це розширює юрисдикцію ICSID за межі діапазону, необхідного для досягнення цих цілей. По-друге, визначити, чи робить щось економічний внесок у приймаючу державу, може бути практично складно, але це ігнорує практичні проблеми, що виникають через постійні та непередбачувані варіації тесту Саліні, які ускладнюють іноземному інвестору планування своїх міжнародних операцій. Сторони арбітражу не могли знати до цього рішення, чи розійдуться арбітри думкою з відповідністю конкретного спору вимогам тесту Саліні, і навіть якщо вони це знали, вони не могли знати, у якому напрямку розійдеться ця розбіжність. Ця непередбачуваність суперечить заявленим цілям ICSID, оскільки мета Вашингтонської конвенції – оптимізувати міжнародні інвестиції та їх захист.

В подальшому, загальне поняття, оприлюднене арбітражними судами, полягає в тому, що судова практика ICSID вказує на три об’єктивні критерії. У справі *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary* зазначено, що стаття 25 (1) Вашингтонської конвенції вимагає, щоб спір виникав безпосередньо з інвестицій, але не містить визначення інвестицій. Незважаючи на неповну одностайність між судами щодо елементів інвестиції, існує загальний консенсус щодо того, що три об’єктивні критерії (i) внесок, (ii) певна тривалість і (iii) елемент ризику є необхідними елементами інвестиції [13].

Таким чином, основними критеріями, яких зараз вимагають трибунали ICSID, є внесок, тривалість і ризик.

Підсумовуючи вищевикладене, зазначаємо, що дотримання тестів Fedax та його продовженням тест Саліні є, мабуть, найкращим методом вирішення проблеми визначення «інвестиції» в контексті визначення прийнятності *ratione materiae* до розгляду спору між сторонами у рамках ICSID, хоча справді забезпечити конкретну стабільність у рамках ICSID може бути неможливо. Безумовно, було б найлегше просто змусити трибунали продовжувати застосовувати тест за власним бажанням, але якщо він не застосовуватиметься, визначення «інвестицій» необхідно предметно визначати у тексті Вашингтонської конвенції. В той же час, справа *Quiborax* внесла корективи щодо сумнівності обов’язкової наявності 4-ого елемента при визначенні «інвестицій». В подальшому, це вплинуло на розгляд трибуналами статті 25(1) Вашингтонської конвенції та її об’єктивний аналіз, тому тест Саліні не повністю зберігся. Багато трибуналів не дотримуються суворого дедуктивного підходу, визначеного тестом Саліні. Вони задовольнялися лише знаходженням елементів, спільних для інвестиції, присутніх у спорі, що розглядається, у достатній мірі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18.05.1965 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_060#Text.
2. Угода між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій від 11.10.1994 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276_415#Text.
3. FEDAX N.V. v. The Republic of Venezuela. ICSID Case No. ARB/96/3. Decision on Objections to Jurisdiction - 11 July 1997. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf.
4. Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela from 22 October 1991. URL: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-agreement-on-encouragement-and-reciprocal-protection-of-investments-between-the-kingdom-of-the-netherlands-and-the-republic-of-venezuela-netherlands-venezuela-bolivarian-republic-of-bit-1991-tuesday-22nd-october-1991>.
5. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text.
6. Сеульська конвенція про заснування багатостороннього агентства з гарантій інвестицій від 11.10.1985 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_268/
7. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco. ICSID Case No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction dated 23 July 2001. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.
8. Kinneer Meg, Geraldine R. Fischer, Jara Minguez Almeida, Luisa Fernanda Torres, Mairée Uran Bidegain. Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID. *Kluwer Law International*. 776 p. P. 115-116.
9. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7. Decision on Jurisdiction from July 2, 2013. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>.

10. Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia. ICSID Case No. ARB/06/2. Decision on jurisdiction from 27 September 2012. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1098.pdf>.

11. Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile. ICSID Case No. ARB/98/2. Award, 8 May 2008. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf>.

12. L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire. ICSID Case No. ARB/05/3. Decision on Jurisdiction from 12 July 2006. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456_0.pdf.

13. Electrabel S.A. v. Republic of Hungary. ICSID Case No. ARB/07/19. Decision on Jurisdiction. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>.