

УДК 346.5

## ЗАХИСТ ПРАВ ІНВЕСТИТОРІВ У РАЗІ ЕКСПРОПРІАЦІЇ ІНВЕСТИЦІЙ

Валерія ПОЄДИНОК,

доктор юридичних наук, доцент

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The article describes the concept and types of the expropriation of investments. The criteria for distinguishing indirect expropriation and state regulatory measures that do not require compensation are defined. The attention is drawn to the understudy of the issue of protecting domestic investors from expropriation. Features of legal regulation for expropriation of investments in the USA as a country with a developed tradition of investor protection are examined. Some ways of improving the national and international law on the expropriation of investments are proposed.

**Key words:** investments, direct expropriation, indirect expropriation, compensation, state regulation.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто поняття та види експропріації інвестицій. Визначаються критерії розмежування непрямї експропріації та регуляторних заходів держави, що не потребують компенсації. Наголошується на недостатній дослідженості проблеми захисту вітчизняних інвесторів від експропріації. Розглядаються особливості правового регулювання експропріації інвестицій у США як країні з розвинутою традицією захисту прав інвесторів. Пропонуються напрями удосконалення національного та міжнародно-правового регулювання експропріації інвестицій.

**Ключові слова:** інвестиції, пряма експропріація, непрямая експропріація, компенсація, державне регулювання.

**Постановка проблеми.** Експропріація (примусове вилучення) інвестицій являє собою найбільш серйозне втручання в здійснення майнових прав інвестором і водночас яскравий прояв суверенітету держави. Захист інвесторів від експропріації інвестицій із боку приймаючих держав традиційно є однією з ключових тем інвестиційного права. Спеціальні норми-гарантії в разі експропріації посідають чільне місце в системі гарантій для інвесторів, що встановлюються як національним законодавством, так і міжнародними інвестиційними угодами.

Питання експропріації інвестицій зазвичай досліджуються виключно в контексті правового режиму іноземного інвестування. Навіть у межах цього контексту проблематика експропріації потребує подальшого дослідження з огляду на нові тенденції в міжнародно-правовому регулюванні інвестиційних відносин та практиці вирішення спорів між іноземними інвесторами та приймаючими державами. Крім того, недослідженими в юридичній науці залишаються питання захисту від експропріації вітчизняних інвесторів, у тому числі аспект їхньої дискримінації порівняно з іноземними інвесторами в частині забезпеченості відповідних прав.

**Метою статті** є дослідження особливостей правового регулювання експропріації інвестицій відповідно до міжнародного інвестиційного права та законодавства України, а також визначення напрямів удосконалення такого правового регулювання.

**Виклад основного матеріалу.** Міжнародне інвестиційне право не забороняє приймаючим державами примусово вилучати іноземні інвестиції за умови, що вилучення здійснюється за таких умов:

- у публічних інтересах;
- у недискримінаційний спосіб;
- згідно із законом;
- з виплатою компенсації [1, с. 46].

Ці чинники визначають, чи є примусове вилучення правомірним, а не чи мало воно місце взагалі. Таким чином, міжнародний інвестиційний арбітраж спершу пови-

нен встановити, чи становить захід держави вилучення, і лише потім – чи правомірним було застосування цього заходу.

Термінологія міжнародних інвестиційних угод щодо примусових вилучень інвестицій не є цілком послідовною. Можна зустріти різні терміни, як-от: «експропріація», «вилучення», «націоналізація», «позбавлення» тощо. Ці терміни часто застосовуються як взаємозамінні, а їх використання зазвичай залежить від особливостей правової традиції та перекладу.

«Націоналізація» є терміном, який має чітку конотацію. Він, як правило, стосується широкомасштабних вилучень приватної власності в усіх секторах економіки або в межах певних секторів чи галузей. Прямі націоналізації в усіх секторах економіки мотивуються політичними міркуваннями; такі заходи мають на меті досягнення цілковитого контролю держави над економікою та передбачають перехід із приватної в державну власність усіх засобів виробництва. Значна кількість країн, що звільнилися від колоніальної залежності, розглядали націоналізації як невід'ємну частину їхнього деколонізаційного процесу в період після закінчення Другої світової війни. Націоналізації на галузевій основі відбуваються, коли держава прагне реорганізувати певну галузь шляхом набуття контролю над приватними підприємствами цієї галузі та створення державної монополії.

Термін «експропріація» зазвичай позначає вилучення окремих видів майна або активів окремого підприємства, коли права власності переходять до держави або передаються державою іншим економічним операторам. Експропріація може полягати в масштабному вилученні державою земель із метою їх перерозподілу, або вилученні, об'єктом якого є майно конкретного підприємства (наприклад, монополіста на певному ринку), чи конкретна земельна ділянка (наприклад, з метою будівництва дороги) [1, с. 18–19].

Як націоналізації, так і експропріації можуть бути *пря-*

та/або безпосереднє фізичне захоплення майна. Сьогодні масштабні націоналізації (експропріації) інвестицій є рідкістю, хоч деякі країни Латинської Америки, зокрема Болівія та Венесуела, нещодавно вживали таких заходів. Крім того, багатьма державами були вжиті надзвичайні заходи, включаючи придбання значних часток у капіталі суб'єктів господарювання, з метою порятунку деяких секторів економіки, уражених світовою фінансовою та економічною кризою 2008–2009 років.

При цьому деякі заходи держави, які не передбачають фізичних вилучень, можуть прирівнюватися до вилучень, оскільки повністю знищують економічну цінність інвестиції або позбавляють власника здатності використовувати своє майно, управляти ним. Ці заходи іменуються **непрямою експропріацією**.

Класичне визначення непрямої експропріації було дане в справі *Starrett Housing Corp* (1983 р.) Арбітражем з вирішення спорів між Іраном та США: «Міжнародним правом визнано, що *заходи, вжиті державою, можуть становити втручання в здійснення прав власності до такої міри, що ці права стають настільки марними, що вони повинні вважатися експропрійованими*, хоч держава й не мала наміру експропріювати їх і право власності на майно формально залишилося в первісного власника» (курсив наш – В. П.).

У свою чергу, міжнародне інвестиційне право розмежує пряму експропріацію та **регуляторні заходи**, тобто заходи, що вживаються державами під час здійснення їхнього права регулювати в публічному інтересі. Ці заходи зазвичай не дають підстав вимагати компенсації, хоч вони можуть мати такі самі наслідки, як і пряма експропріація. Так, у справі *Saluka Investments v. Czech Republic* арбітраж ЮНСІТРАЛ встановив, що «наразі в міжнародному праві встановлено, що держави не несуть обов'язку виплати компенсації іноземному інвестору, коли, нормальним чином здійснюючи свої регуляторні повноваження, вони в недискримінаційний спосіб добросовісно встановлюють правила, спрямовані на досягнення загального добробуту» (п. 255).

Ця сама ідея розвивається й в юридичній літературі. Як вказує М. Сорнараджа, недискримінаційні заходи, пов'язані з антимонопольним регулюванням, захистом прав споживачів, регулюванням ринку цінних паперів, захистом довкілля, територіальним плануванням, не є вилученнями, що підлягають компенсації, оскільки є необхідними для ефективного функціонування держави [2, с. 357].

При цьому дотепер відсутні загальновизнана й чітка дефініція поняття непрямої експропріації та критерії відмежування її від регуляторних заходів держави, хоч це питання й має величезну вагу як для інвесторів, так і приймаючих держав. Р. Дольцера та М. Стівенс зазначають: «Для інвестора демаркаційна лінія між заходами, які не потребують компенсації, і заходами, що кваліфікуються як пряма експропріація, цілком може позначати різницю між тягарем експлуатації (або припинення) неприбуткових підприємств і правом на отримання повної компенсації (або від приймаючої держави, або за договором страхування). Для приймаючої держави відповідне визначення визначає обсяг можливостей впроваджувати законодавство, яке регулює права й обов'язки капіталовласників у випадках, коли це може потягти за собою виплату компенсації. Можна стверджувати, що держава не має змоги вживати будь-яких подібних заходів, якщо вони не можуть бути забезпечені державними фінансовими ресурсами» [3, с. 99].

Практично всі чинні міжнародно-правові документи, присвячені інвестиціям, містять положення про їх непряму експропріацію. Водночас їхня переважна більшість нічого не говорить про регуляторні заходи приймаючих держав.

Так, Керівництво Світового банку з правового регулювання прямих іноземних інвестицій 1992 р. [4] встановлює: «Держави не можуть експропріювати або іншим чином вилучити повністю або частково іноземну приватну інвестицію та своїй території, або вжити заходів, подібних за наслідками, за винятком випадків, коли це здійснюється відповідно до законної процедури, для добросовісного досягнення публічної мети, без дискримінації на основі державної належності та з виплатою відповідної компенсації» (секція IV (1)).

Аналогічно, згідно зі ст. 13 Договору до Енергетичної хартії [5], «капіталовкладення інвесторів Договірної Сторони на території будь-якої іншої Договірної Сторони не повинні бути націоналізовані, експропрійовані чи піддаватися заходу чи заходам, які мають аналогічні націоналізації чи експропріації наслідки», за винятком випадків, коли такі заходи відповідають умовам, визначеним вище (публічна мета, належна процедура, недискримінація та компенсація).

Новітній період характеризується спробами визначити критерії, які відмежовують непряму експропріацію від регуляторних заходів, що не потребують компенсації, як у рішеннях інвестиційних арбітражів, прийнятих на основі міжнародних інвестиційних угод, так і в самих цих угодах, включаючи «інвестиційні розділи» угод про вільну торгівлю. Певне узагальнення дозволяє виділити такі три критерії: 1) економічний вплив регуляторного заходу; 2) ступінь порушення заходом розумних очікувань, пов'язаних з інвестиціями; 3) природа, мета та характер заходу.

**Економічний вплив регуляторного заходу.** Для того, щоб бути визнаним експропріаторським, захід або низка заходів повинні справляти руйнівний та тривалий вплив на економічну цінність інвестиції та пов'язаних із нею благ інвестора. Як зазначалося вище, пряма експропріація має бути «еквівалентною» прямій експропріації за наслідками. Вплив заходу або ступінь втручання повинен бути настільки значним, щоб робити права власності «марними», тобто позбавляти продовження інвестиційної діяльності економічного сенсу.

У значній кількості справ вимоги щодо непрямої експропріації були відкинуті міжнародними інвестиційними арбітражами, оскільки негативний вплив регуляторного заходу не досяг рівня вилучення. У юридичній літературі зазначають, що, хоч «регуляторні заходи, спрямовані на захист довкілля, охорону здоров'я та забезпечення безпеки, або захист чесної конкуренції часто тягнуть за собою втрати інвестицій, вони зазвичай не досягають порогу істотного позбавлення» [6, с. 357].

**Порушення очікувань інвестора** як кваліфікаційний чинник непрямої експропріації передбачає існування очікувань інвестора на рахунок того, що певні регуляторні заходи не вживатимуться приймаючою державою. Він вимагає оцінки чи порушує розумні очікування інвестора, пов'язані з інвестиціями, особливо в тих випадках, коли вони створені спеціальними запевненнями з боку держави.

Загалом для цілей вирішення спорів про експропріацію міжнародні інвестиційні арбітражі встановлюють «високий поріг» щодо очікувань інвестора. Це означає, що легітимне очікування може виникнути передусім зі

спеціальних заяв або зобов'язань держави на користь конкретного інвестора, на які останній покладався. Посилання на легітимні очікування не може ґрунтуватися виключно на суб'єктивних уявленнях інвестора. Крім того, слід відзначити, що, започатковуючи інвестиційну діяльність, інвестор приймає інвестиційний ризик, який включає також ризик змін у регуляторному середовищі. Як зазначив арбітраж Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (МЦВІС) у справі *Waste Management v. Mexico*, «не є функцією міжнародно-правового регулювання експропріації виключення нормальних комерційних ризиків іноземного інвестора» (п. 159).

**Природа, мета і характер регуляторного заходу** так само є важливими елементами, які повинні братися до уваги при вирішенні того, чи мала місце непряма експропріація. Особливе значущими вони є для розмежування непрямої експропріації та регуляторних заходів, що не підлягають компенсації. «Природа» заходу визначається тим, чи є він добросовісним (*bona fide*) регуляторним актом. «Мета» передбачає з'ясування, чи переслідує захід легітимну ціль публічної політики. «Характер» заходу включає такі риси, як недискримінація, належна процедура та пропорційність.

Прикладами міжнародних інвестиційних угод, які прямо закріплюють критерії непрямої експропріації, є відносно нещодавно укладені угоди про вільну торгівлю США з Австралією, Чилі, країнами Центральної Америки, Марокко та Сінгапуром [7, с. 21], а також Модельна двостороння інвестиційна угода за участю США [8]. Так, Додаток В «Експропріація» останньої встановлює, що визначення того, чи становить дія або низка дій Договірної сторони непряму експропріацію, вимагає казуального, заснованого на фактах вивчення, зокрема, таких чинників:

1) економічний вплив дії держави, хоч окремо узятий факт негативного впливу дії або низки дій Договірної сторони на економічну цінність інвестиції не означає, що непряма експропріація відбулася;

2) міра, якою дія держави порушує визначені, розумні очікування, пов'язані з інвестицією;

3) характер дії держави (підпункт (а) п. 4 Додатку В).

Проте закріплення критеріїв непрямої експропріації та відмежування її від регуляторних дій, які не потребують компенсації, у міжнародних інвестиційних угодах досі залишається винятком, а не правилом.

Юридична наука фактично ігнорує іншу проблему експропріації інвестицій, зокрема дискримінацію вітчизняних інвесторів порівняно з іноземними в частині можливостей захисту своїх прав у разі експропріації. Для джерел із міжнародного інвестиційного права така ситуація є закономірною: «У відповідності з міжнародним правом не існує дискримінації на шкоду національним особам і на користь іноземних осіб; є дискримінація тільки на користь національних осіб і на шкоду іноземним особам» [8, с. 381].

На перший погляд здається, що ця проблема не є надто критичною для України. На відміну від більшості країн світу Україна має спеціальне інвестиційне законодавство, яке поширюється не тільки на іноземних, а й на національних інвесторів. Права вітчизняних інвесторів у разі непрямої експропріації можуть бути захищені на підставі ч. 2 ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність». Однак дані Єдиного державного реєстру судових рішень свідчать про те, що фактично в Україні відсутня судова практика вирішення спорів про експропріацію вітчизняних інвестицій. Поодинокі справи, рішення у яких містять посилання на ч. 2 ст. 19 Закону України

«Про інвестиційну діяльність», насправді стосуються інших порушень прав інвестора з боку державних органів і не містять аналізу критеріїв експропріації; до того ж їх сторонами здебільшого є підприємства з іноземними інвестиціями.

Відсутність відповідної судової практики свідчить про нерозвиненість на вітчизняних теренах правової традиції захисту прав інвесторів на підставі норм про експропріацію інвестицій. Це спонукає звернутися до досвіду тих зарубіжних країн, де така традиція наявна. Особливої уваги заслуговують США як країна, яка ініціювала включення положень про захист інвестицій до Північноамериканської угоди про вільну торгівлю (далі – НАФТА), але потім стикнулася з тим, що їх застосування може суперечити її власним інтересам.

В американській літературі зазначають, що норми НАФТА про інвестиції встановлюють нові права та привілеї для іноземних інвесторів, які виходять далеко за рамки тих, що надаються американським громадянам або суб'єктам господарювання згідно з внутрішнім правом США, а також забезпечують механізм, доступний виключно іноземним інвесторам, з використанням якого вони можуть домагатися відшкодування за рахунок коштів платників податків витрат у зв'язку з підпорядкуванням тим самим заходам державного регулювання, яким підпорядковуються й всі місцеві суб'єкти. Поняття «регуляторних вилучень» не існує для американських громадян або компаній, оскільки неодноразово було відкинуте як Конгресом США, так і судами [9, с. 4].

Основою американської судової практики в царині примусових вилучень майна є П'ята поправка до Конституції США, яка встановлює: «Жодна особа не повинна бути <...> позбавлена життя, свободи або майна поза належною правовою процедурою; приватна власність не повинна бути вилучена для публічного користування без справедливої компенсації». Можна виділити два правила, які застосовуються судами США під час вирішення спорів щодо регуляторних вилучень. По-перше, незворотне фізичне втручання в здійснення прав приватної власності державою або уповноваженим нею суб'єктом завжди становитиме вилучення, що вимагає компенсації, за винятком, можливо, таких надзвичайних ситуацій, як пожежа. По-друге, вилучення має місце в разі, коли регулювання «позбавляє власність усієї економічної користності». За межами цих двох ситуацій – незворотного фізичного захоплення або 100-відсоткового знищення цінності – суди визначають, чи є регуляторний захід вилученням, на підставі «ad hoc вивчення фактів» (підхід, вперше сформульований у справі *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*). При цьому чинниками, що «мають особливе значення», є «економічний вплив регуляторного заходу на позивача», «міра, якою захід суперечить визначеним, пов'язаним з інвестицією очікуванням», та «характер дії держави». Таким чином, формально йдеться про ті самі критерії, що наразі отримують міжнародно-правове закріплення. Однак довести регуляторне вилучення в судах США надзвичайно складно: ці суди майже ніколи не визнають, що регуляторний захід знищив 100 відсотків цінності власності й лише зрідка встановлюють, що захід являє собою вилучення на підставі аналітичного підходу, започаткованого справою *Penn Central* [10, с. 27–28].

Загальновизнано, що США забезпечують один із найвищих рівнів правового захисту приватної власності у світі, а судова система США користується великою повагою завдяки її незалежності від політичних гравців,

компетентності та справедливості стосовно іноземних учасників процесу. Проте навіть у США можливості національних інвесторів щодо захисту від примусових вилучень інвестицій значно вужчі, ніж можливості, які надаються іноземним інвесторам згідно з міжнародними інвестиційними угодами.

**Висновки.** Зазначене визначає необхідність консервативного підходу до оцінки норм міжнародних інвестиційних угод щодо непрямої експропріації інвестицій. Потенційні негативні впливи таких норм полягають у тому, що вони: а) створюють загрозу «регуляторного застою» – ситуації, коли національні органи державного регулювання вважають за краще не вдаватися до регуляторних змін (або згорнути вже розпочаті програми реформ), аніж нести витрати захисту від позовів про експропріацію та виплат відповідних компенсацій; б) надають конкурентні переваги іноземним інвесторів порівняно з вітчизняними на внутрішньому ринку.

Вважаємо, що збалансування публічних та приватних інтересів, а також усунення дискримінації національних інвесторів порівняно з іноземними в питанні примусових вилучень інвестицій потребує вжиття зусиль за двома напрямками. *Перший напрям* стосується розробки законодавчої бази, доктрини та практики захисту прав інвесторів (передусім вітчизняних) в Україні. Це у свою чергу передбачає конструктивну рецепцію підходів, напрацьованих у практиці тих зарубіжних країн, які характеризуються розвинутою традицією захисту прав інвесторів з урахуванням публічних інтересів. Ключовими моментами тут є презумпція легітимності дій держави та непоширення дії норм про експропріацію, яка підлягає компенсації, на недискримінаційні добросовісні заходи держави, спрямовані на забезпечення або захист основних публічних інтересів.

Відповідні зміни до законодавства повинні охоплювати три головні питання: 1) визначення прямої та непрямої експропріації; 2) ознаки непрямої експропріації, які повинні використовуватися в сукупності та на казуальній основі (із застереженнями, що одне лише зменшення вартості інвестиції не є підставою для встановлення експропріації, а легітимні очікування можуть виникати тільки на підставі письмових зобов'язань держави або уповноваженого нею органу на користь конкретного інвестора); 3) критерії розмежування непрямої експропріації та регуляторних заходів, що не підлягають компенсації.

*Другий напрям* передбачає удосконалення власне міжнародно-правового регулювання питань експропріації

інвестицій, зокрема *уточнення* цього регулювання з метою збільшення передбачуваності розгляду відповідних інвестиційних спорів і забезпечення послідовності арбітражної практики. Саме цій меті слугує включення до нових міжнародних інвестиційних угод детальних положень про критерії непрямої експропріації та розмежування її та регуляторних заходів, що не потребують компенсації.

#### Список використаної літератури

1. Expropriation / UNCTAD // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. – United Nations: New York and Geneva, 2012. – 184 p.
2. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment: 2nd ed. / M. Sornarajah. – Cambridge University Press, 2004. – 552 p.
3. Dolzer R. Bilateral Investment Treaties / R. Dolzer, M. Stevens. – Martinus Nijhoff Publishers, 1995. – 330 p.
4. Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Volume II: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment / The World Bank, 1992. – 50 p. – [Electronic resource] – Mode of access : [www-wds.worldbank.org/.../multi\\_page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/.../multi_page.pdf).
5. Final Act of the European Energy Charter Conference: The Energy Charter Treaty and Related Documents: A Legal Framework for International Energy Cooperation / Energy Charter Secretariat. – 232 p [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.encharter.org/.../EN.pdf>.
6. Newcombe A. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment / A. Newcombe, L. Paradell. – Kluwer Law International, 2009. – 614 p.
7. Yannaca-Small C. «Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» / C. Yannaca-Small. – OECD, Working paper in international investment No. 2004/4, 2004. – 22 p. – [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.oecd.org/.../33776546.pdf>.
8. Карро Д. Международное экономическое право : [учебник] / Д. Карро, П. Жюйар. – М. : Международные отношения, 2001. – 608 с.
9. NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy: Lessons for Fast Track and the Free Trade Area of the Americas // Public citizen, 2001. – 70 p. – [Electronic resource]. – Mode of access : [www.citizen.org/.../ACF186.PDF](http://www.citizen.org/.../ACF186.PDF).
10. Been V. The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International «Regulatory Takings» Doctrine / V. Been, J. Beauvais // New York University Law Review, 2003. – 102 p. – [Electronic resource]. – Mode of access : <http://ssrn.com/abstract=337480>.