

## ПОНЯТТЯ НАЦІОНАЛІЗАЦІЇ ТА ЕКСПРОПРІАЦІЇ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ В УКРАЇНІ

### THE DEFINITION OF EXPROPRIATION AND NATIONALISATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT IN UKRAINE

Пархоменко А.Ю., студентка I курсу магістратури  
господарсько-правового факультету

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена націоналізації й експропріації іноземних інвестицій, зокрема в розумінні Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів, рішення якого мають прецедентне значення. Питання експропріації власності іноземних інвесторів має велике значення в міжнародному інвестиційному праві. Аналіз поняття та різних аспектів експропріації допомагає встановити, які саме дії держави будуть уважатися експропріацією навіть у разі, коли держава не визнає цього. Залучення іноземних інвестицій в Україну є нині надзвичайно важливим для її економічного розвитку, однак наша держава є малопривабливою для іноземних інвесторів. Саме тому необхідно спрямувати зусилля на створення таких умов, які б підвищили зацікавленість в інвестуванні в Україну. Україна імплементувала у своє законодавство, зокрема шляхом приєднання до міжнародних конвенцій та угод, багато норм, спрямованих на захист прав інвесторів. На законодавчому рівні в нашій державі заборонена націоналізація іноземних інвестицій, але цього недостатньо, оскільки національне законодавство не закріплює чітких критеріїв визначення експропріації. Фактично держава може здійснити експропріацію, а потім посилатися на те, що діяла в межах, дозволених законом.

Аналіз практики Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів є вкрай важливим, оскільки його рішення містять положення, які мають прецедентне значення для України. Зокрема, Центр закріплює у своїх рішеннях критерії й ознаки, за яких окремі дії держави вважатимуться експропріацією власності, навіть тоді, коли держава не визнає цього. Саме такі позиції Центру можуть підвищити гарантії забезпечення прав іноземних інвесторів, убезпечити від незаконного втручання держави у приватну власність. Варто зазначити, що ці важливі положення доцільно закріпити на законодавчому рівні, щоб іноземні інвестори були більш захищеними в нашій державі. Саме ця захищеність від небезпеки експропріації і зробить нашу державу більш привабливою для іноземних інвестицій.

**Ключові слова:** націоналізація, експропріація, іноземні інвестиції, інвестори, інвестиційні угоди.

The article deals with the nationalization and expropriation of foreign investment, in particular, in the understanding of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, which decisions have a force of precedent. The issue of expropriation of property of foreign investors is extremely important in international investment law. The analysis of the concept and various aspects of expropriation exactly helps to establish what state's actions will be considered as an expropriation, even if the state does not recognize it. Attracting the foreign investment in Ukraine is currently crucial for economic development of our country. However, now our country is unattractive to foreign investors. That is why it is necessary to focus all efforts on creating such conditions that would increase investors' interest to invest in Ukraine. Ukraine has implemented in its legislation many rules, which aim is the protection of the rights of investors, in particular, by acceding to international conventions and agreements. At the legislative level, the nationalization of foreign investment is prohibited in our country, however, this is not enough, because national legislation does not establish clear criteria of determining expropriation. In fact, the state may carry out expropriation and then invoke that it acted within the limits permitted by law.

The analysis of the practice of the International Centre for Settlement of Investment Disputes is extremely important, as its decisions contain certain provisions that are of precedent for Ukraine.

The Center in particular establishes in its decisions the criteria and features according to certain actions of the state, which will be considered as expropriation of the property, even in cases when the state doesn't admit it. Such positions of the Centre for Settlement of Investment Disputes can increase the guarantees of ensuring the rights of foreign investors and protect illegal state intervention in a private property. It is essential to mention that these important provisions should be enshrined in law in order to make foreign investors more protected in our country. Exactly this kind of protection from the danger of expropriation will make our state more attractive for foreign investment.

**Key words:** nationalisation, expropriation, international investment, investors, investments agreements.

**Постановка проблеми.** Інвестиційна діяльність супроводжується ризиками, особливо це стосується інвестування в іноземні держави, бо в такому разі інвестори можуть зіткнутися з експропріацією або націоналізацією майна. З огляду на таку ризиковість, сучасні українські реалії, на жаль, є малопривабливими для іноземних інвесторів, оскільки наявна нестабільність в економічній та політичній сферах у нашій державі. Для України залучення іноземних інвестицій стало б ефективним засобом розвитку економіки, тому гарантований державою захист прав інвесторів від експропріації має бути одним із пріоритетних завдань нашої країни.

**Аналіз останніх досліджень.** Питанню експропріації та націоналізації іноземних інвестицій присвячено багато досліджень українських та закордонних учених, зокрема: А.С. Данилевича, О.І. Зиновіної, О.І. Котляра, К.Е. Ксенофонта, І.М. Товкун та багатьох інших.

**Виокремлення не вирішених раніше проблем.** Україна намагається не бути осторонь усіх процесів, які відбуваються в міжнародному співтоваристві з питань інвестицій, тому наша держава приєдналася до інвестиційних конвенцій, а також до Угоди про пов'язані з торгівлею

інвестиційні заходи. Однак це не дає очікуваних результатів, оскільки Україна залишається малопривабливою для інвесторів країною. Це пов'язано передусім із проблемами, наявними в Україні, зокрема корупцією. Ще одним потенційним ризиком для інвесторів є небезпека експропріації в разі зміни політичних режимів.

**Метою даного дослідження** є аналіз практики Міжнародного інвестиційного арбітражу з інвестиційних спорів, яка має прецедентне значення для України. З'ясувати поняття експропріації та націоналізації в розумінні Суду та визначення випадків, за яких така експропріація допускається.

**Виклад основного матеріалу.** Експропріація власності іноземного інвестора – одне із центральних питань міжнародного інвестиційного права. Недарма однією з основних гарантій, що регулюють іноземні інвестиції, є гарантія справедливої компенсації в разі примусового вилучення власності іноземного інвестора. Загалом, міжнародне інвестиційне право допускає експропріацію власності іноземного інвестора, але й установлює обов'язковість виплати справедливої компенсації [5, с. 88].

Відповідно до норм міжнародного права, держави мають суверенне право набувати у власність майно, що належить громадянам або іноземцям у результаті націоналізації або експропріації з економічних, політичних, соціальних чи інших причин. Однак, щоб така експропріація була законною, мають дотримуватися такі умови:

- власність повинна відчужуватися з мотивів суспільних потреб;
- відчуження має відбуватися на недискримінаційній основі;
- за належною правовою процедурою;
- відчуження супроводжується компенсацією [7].

У ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування» законодавець закріплює заборону націоналізації [1], про поняття експропріації законодавець не згадує, проте вважаємо, що націоналізація є більш широким поняттям, яке охоплює експропріацію. Тобто законодавчо закріплена гарантія є, але на практиці небезпека експропріації все ж існує, оскільки держава часто, коли реалізує таку експропріацію, не визнає її як таку, саме тому виняткового значення набуває судова практика, яка може мати прецедентне значення, встановлювати критерії, коли дії вважатимуться експропріацією, щоб підвищити гарантії забезпечення прав інвесторів.

З міжнародних договорів основним нормативно-правовим актом із регулювання інвестицій є Конвенція ICSID – багатосторонній договір, сформульований виконавчими директорами Міжнародного банку реконструкції та розвитку (Світовий банк). Конвенція повинна усунути основні перешкоди для вільних міжнародних потоків приватних інвестицій, викликаних некомерційними ризиками і відсутністю спеціалізованих міжнародних методів вирішення інвестиційних спорів. Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів був створений Конвенцією як неупереджений міжнародний орган, який надає можливості для вирішення юридичних суперечок між правомочними сторонами за допомогою процедур примирення або арбітражу [8].

Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів є основним органом, який вирішує міжнародні інвестиційні спори. Мета Центру – забезпечення вирішення через примирення й арбітраж інвестиційних спорів між державами й особами інших держав відповідно до положень Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами й іноземними особами [2].

Наприклад, у справі *Alpha Projekt holding GmbH v. Ukraine* Суд зазначив, що дії уряду держави не обов'язково мають полягати у прямому вилученні чи передачі правового титулу для того, щоб за міжнародним правом уважатися експропріацією. Як визначив Суд під час розгляду справи *Starrett Housing*, «у міжнародному праві визнано, що заходи, яких уживає держава, можуть порушувати права власності такою мірою, що ці права стають даремними, та їх слід розглядати як експропріювані, навіть незважаючи на те, що держава не має на меті їх експропріацію, а юридичний титул на власність формально залишається за первісним власником». Отже, інвестиції позивача можуть уважатися експропріюваними, якщо договори стали «даремними» для позивача через дії уряду України. Однак, щоб встановити таку непряму експропріацію, необхідно, щоб інвестиції були позбавлені значної частини своєї вартості.

У справі *Tokios Tokelès v. Ukraine* Суд посиляється на концепцію «непрямої експропріації», або «заходів, які мають вплив, еквівалентний експропріації». Судова практика, зокрема й відповідно до Конвенції ICSID, підтверджує, що, на відміну від експропріації, «заходи, що мають вплив, еквівалентний експропріації», – це всі ті заходи, вплив яких полягає в позбавленні інвестора контролю, вигод і економічного використання його інвестицій. У рішенні ICSID «*Midl Ist Cement Shipping end Хендлинг*

*Ко. С.А. проти Арабської Республіки Єгипет*» (ARB/19/6) зазначено: «Коли держава вживає заходів, у результаті яких інвестор позбавляється можливості використовувати й отримувати дохід від його інвестицій, навіть якщо він може зберігати номінальне володіння відповідними правами, які є інвестиціями, ці заходи визнаються непрямою експропріацією, тобто заходами, вплив яких рівносильний експропріації».

Однак вирішальним чинником під час встановлення факту експропріації є розмір збитку, якого завдано діями уряду. Зоб визнати якісь дії експропріацією, держава цими діями повинна позбавити інвестора істотної частини вартості інвестицій. Але ані на законодавчому рівні, ані в судовій практиці не закріплено ступеня позбавлення, який буде кваліфікуватися як істотний. Суд зробив висновок про те, що зменшення вартості інвестиції на 5% буде недостатньо для встановлення факту експропріації, тоді як зменшення на 95%, імовірно, буде достатнім. У кожному окремому випадку встановлення факту експропріації буде ґрунтуватися на конкретних фактах, що розглядаються судом.

*GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine* – справа, у якій Суд не встановив факту проведеної експропріації. Заявник стверджував, що незаконне привласнення 125 000 тонн його продукції із заводу Oigana є експропріацією з боку України, а не крадіжкою, оскільки, на його думку, таке вилучення не могло бути здійснено без підтримки держави. Відповідач заперечував цей факт. Відповідно, доводи заявника ґрунтувалися на оціночних критеріях, він вказував, що таке масштабне вилучення могло бути реалізованим тільки за підтримки держави, але не наводив фактів, які б могли підтвердити його позицію. Відповідач, у свою чергу, зазначає, що заявник не зміг конкретизувати свою позицію. Суд зазначив, що заявник не виконав свого тягаря доказування, тому що не надав нічого, крім оціночних суджень, на підтвердження своєї позиції.

Підсумуємо вищезазначене, для встановлення факту експропріації (прямої чи непрямої), треба встановити такі важливі критерії:

- серйозний економічний вплив (втручання держави повинно бути істотним, тобто держава має позбавляти іноземного інвестора основних правомочностей власника), а також тривати значний проміжок часу;
- тривалість втручання держави (цей критерій може вказувати на серйозність втручання, якщо втручання було тривалим, то й наслідки, відповідно, будуть серйознішими) [9].

Для уникнення порушення прав іноземних інвесторів і з метою формування однакового тлумачення і застосування арбітражними судами норм права про експропріацію в положеннях міжнародних угод про заохочення і взаємний захист іноземних інвестицій і в інвестиційних договорах необхідно чітко передбачити, які дії держави не можуть визнаватися експропріацією і спричиняти відповідно виплату компенсації іноземному інвестору. До таких дій варто віднести:

- питання оподаткування;
- примусове позбавлення та відмову у видачі ліцензії, розірвання договору за порушення передбачених обов'язків іноземного інвестора;
- регулювання відносин, пов'язаних із захистом конкуренції;
- валютне регулювання;
- регулювання зовнішньоекономічної діяльності;
- регулювання охорони навколишнього середовища;
- санкції за порушення права держави, що приймає [3].

Важливість залучення іноземних інвестицій зазначають багато науковців, зокрема, результат залучення інвестицій в економіку будь-якої держави – створення нових виробничих потужностей, зростання кількості робочих місць, інтенсифікація виробництва, що збільшить над-

ходження до бюджету податків. Звичайно, немає прямої залежності між іноземними інвестиціями та розвитком держави з погляду юридичної техніки. З такого погляду іноземний інвестор не має надавати докази того, що його інвестиція обов'язково принесе прибуток резидентам України чи державі загалом. Однак держава має стимулювати інвесторів здійснювати довгострокові капітало-вкладення саме в ті об'єкти промисловості, сільського господарства, транспорту тощо, функціонування яких приносить прибуток або матиме соціальне значення [6].

Міжнародно-правове регулювання інвестицій та гарантій прав іноземних інвесторів має велике значення, оскільки запроваджуються певні стандарти на міжнародному рівні. Роль сучасного міжнародно-правового регулювання захисту іноземної власності проявляється в забезпеченні єдиного демократичного режиму для власників з інших країн, дозволяє національному законодавству встановлювати окремі обмеження для іноземців із метою захисту суверенних інтересів свого економічного розвитку, закріплює свободу переведення прибутку, отриманого власниками за кордоном, визначає методи врегулювання конфліктів на міждержавному рівні [4].

**Висновки.** У підсумку можна зазначити, що важливість залучення іноземних інвестицій для України є оче-

видною, оскільки, зважаючи на економічну кризу, саме іноземні інвестиції можуть стати каталізатором і одним з основних чинників для розвитку економіки. З іншого боку, наша держава не є досить привабливою для іноземних інвесторів, оскільки існує небезпека експропріації власності, наприклад, під час зміни політичних режимів. Україна імплементувала у своє законодавство багато норм, спрямованих на захист прав інвесторів, заборонила безпідставну націоналізацію, однак, як показує судова практика, мали місце випадки непрямой експропріації, коли держава не визнавала проведення експропріації, а Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів доходить іншого висновку.

Українське законодавство, яке регулює дане питання, не є досконалим, саме тому наша держава уклала Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами. Підпорядкування вирішення спорів ICSID означає, що передусім у визначенні експропріації варто звертати увагу на тлумачення цього поняття, яке ICSID уже неодноразово висловлював у свої висновках. Якщо законодавцем не буде враховане саме таке тлумачення експропріації, з усіма його особливостями, наша держава буде змушена постійно виплачувати компенсації, які негативно впливатимуть на державний бюджет України.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Про режим іноземного інвестування : Закон України № 93/96-ВР від 19 березня 1993 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-вр#Text> (дата звернення: 05.11.2020).
2. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами № 995-060 від 16 березня 2020 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_060#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_060#Text) (дата звернення: 05.11.2020).
3. Данилевич А.С., Зиновина О.И. Реализация права государств на экспроприацию иностранных инвестиций в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/38547025.pdf>.
4. Котляр О.І. Регулювання права власності за міжнародним правом. *Форум права*. 2012. № 4. URL: <http://arhive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/12koizmp.pdf> (дата звернення: 12.11.2020).
5. Ксенофонтов К.Е. Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве : монография. URL: <https://www.dissercat.com/content/ekspropriatsiya-sobstvennosti-inostrannogo-investora-v-mezhdunarodnom-investitsionnom-prave>.
6. Товкун І.М. Законодавче регулювання захисту іноземних інвестицій в Україні. *Право та інноваційне суспільство*. 2014. № 1 (2). URL: <http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2014/11/Tovkun.pdf> (дата звернення: 10.11.2020).
7. Expropriation. UNCTAD. Series on Issues in International Investment, United Nations. 2012. URL: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi0hYjkqITtAhWLTtYsKHQjZAPYQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Functad.org%2Fen%2Fdocs%2Functaddiaeia2011d7\\_en.pdf&usq=AOvVaw3tru-fQVKhX2JOPMDz\\_7Kf](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi0hYjkqITtAhWLTtYsKHQjZAPYQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Functad.org%2Fen%2Fdocs%2Functaddiaeia2011d7_en.pdf&usq=AOvVaw3tru-fQVKhX2JOPMDz_7Kf) (дата звернення: 08.11.2020).
8. Francesco Gelmetti Indirect expropriation under international investment law. Anno Accademico. 2012–2013. URL: [https://www.academia.edu/5551868/Indirect\\_expropriation\\_under\\_international\\_investment\\_law](https://www.academia.edu/5551868/Indirect_expropriation_under_international_investment_law) (дата звернення: 10.11.2020).
9. International investment law: a changing landscape – ISBN 92-64-01164-1. OECD. 2005.