МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

АШИХМІН Іван Михайлович

УДК 341.1/8:339.727.22/24

ДИСЕРТАЦІЯ

ЗАХИСТ ВЛАСНОСТІ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТОРА ВІД ЕКСПРОПРІАЦІЇ

Спеціальність 293 – Міжнародне право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело.
Ашихмін І.М.

Науковий керівник:
КІВАЛОВА Тетяна Сергіївна,
доктор юридичних наук, професор,
Заслужений юрист України

Одеса – 2023

АНОТАЦІЯ

Ашихмін І.М. Захист власності іноземного інвестора від експропріації. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 293 – Міжнародне право. – Національний університет «Одеська юридична академія», МОН України, Одеса, 2023.

Дисертація є першим в українській науці комплексним дослідженням, яке присвячене захисту власності іноземного інвестора від експропріації. У роботі представлено авторське поняття та власний підхід до розуміння явища експропріації, концепції, ідеї та висновки, які характеризуються науковою новизною та пов'язані із сучасними реаліями.

У дисертації проведено комплексне дослідження експропріації як суспільно-політичного явища та інструменту проведення державної політики уряду держави, що має юридичні несприятливі наслідки для іноземного інвестора пов'язані із втратою майна зважаючи на сучасні глобалізаційні виклики людства.

Під експропріацією слід вважати односторонній акт держави в особі державного органу, що здійснюється з підстав суспільної необхідності, має примусовий характер, полягає у вилученні майна та майнових прав особи приватного права на оплатній чи безоплатній основі із подальшим переходом вилученого майна та майнових прав у державну власність. В той же час, у визначенні поняття експропріації не надається оцінка щодо правомірності такого діяння, оскільки відповідність дій держави критеріям законності проведеної експропріації не впливає на сутність поняття, зокрема можливості проведення експропріації як на оплатній, так і безоплатній основі.

Доведено, що в цілому експропріацію можна поділити на пряму та непряму. Пряма експропріація проводиться за рішенням держави у вигляді прийнятого нормативного припису (акту), що регламентує порядок проведення вилучення майна із приватної власності. Непряма (прихована) експропріація

може здійснюватися різними діями, які призведуть до позбавлення власника титулу. В цілому можна виділити такі види непрямої (непрямої) експропріації: 1) за заходами впливу держави на іноземну власність: накладення арешту на банківські рахунки, експортно-імпортні обмеження, зональні закони, посилення законодавства у сфері здійснення інвестиційної діяльності, контроль за здійсненням транзакцій по банківському рахунку, політика необґрунтованого протекціонізму, втручання в управління підприємством з іноземними інвестиціями, примусове відчуження акцій, відмова у доступі до місцевої робочої сили та місцевих матеріалів або, навпаки, примус використовувати місцеву робочу силу та місцеві матеріали; 2) за способом наступу експропріації: повзуча (*creeping expropriation*), наступна (*consequential expropriation*), фактична експропріація (*de facto expropriation*).

Розкрито особливості існуючих колізійно-правових засобів захисту прав іноземного інвестора, наданих двосторонніми інвестиційними угодами між державами інвестиційними контрактами між іноземним інвестором та приймаючою державою, зокрема особливості використання договірних застережень на практиці задля відновлення порушених прав при експропріації. Застосування права, вибраного сторонами правочину, законодавець визначає як один із принципів міжнародного приватного права як галузі права, а також як колізійну формулу прикріплення. Вибір застосовуваного права у національному законодавстві має назву «автономія волі» *(lex voluntatis)*. Поряд із цим, обмеженням сторін щодо вибору права є доктрина публічної політики. Загальновизнано, що обраному сторонами праву не буде надано чинності в тій мірі, в якій застосування зазначеного права суперечило б основоположній політиці держави або країни, право якої інакше регулюватиметься.

Стабілізаційні положення зазвичай використовують як контрактні положення в приватних угодах між інвесторами та приймаючими державами, які вирішують питання про зміни законодавства в приймаючій державі протягом здійснення інвестиційної діяльності. Загалом, міжнародне інвестиційне

законодавство розрізняє три основні типи сучасної стабілізаційної практики: 1) «застереження про заморожування», які звільняють інвестиції від застосування нових законів, «заморожування» законодавства приймаючої держави або в повному обсязі, або обмежені певними сферами регулювання (наприклад, фіскальні питання); 2) «застереження про рівновагу», які покривають фінансові втрати, пов’язані зі змінами законодавства; 3) «гібридні положення», які є комбінацією положень про заморожування та економічної рівноваги, забезпечуючи в доповненні один одного як додатковий рівень захисту інвестиційної діяльності на території держави-реципієнта.

Поглиблено розуміння механізму застосування «umbrella clauses» у двохсторонніх інвестиційних угодах, в основі якого лежить постулат захисту приватного інвестора від недружніх дій держави-реципієнта через трансформацію цивільно-правової відповідальності за інвестиційним контрактом на міжнародно-правову відповідальність та визначення парасолькового застереження як одну з міжнародно-правових гарантій прав іноземного інвестора. Суть парасолькового застереження випливає з ДІД та полягає у тому, що кожна договірна сторона дотримуватиметься інших зобов'язань, які вона взяла на себе щодо інвестицій громадян або підприємств іншої договірної сторони на своїй території. Існують різновиди, що доповнюють «umbrella clause», наприклад «floor provision», сутність якого полягає у тому, що за конкретному договору (зобов'язанні) між інвестором і державою-реципієнтом нічого не винні бути менш сприятливими, ніж ДІД. Якщо умови конкретної угоди (або зобов'язання) є менш сприятливими, ніж умови ДІД, застосовуються більш сприятливі положення ДІД.

Досліджено можливості здійснення іноземним інвестором самостійного вибору місця проведення розгляду спорів із державою-реципієнтом іноземних інвестицій, пов’язаних із незаконною експропріацією, для забезпечення прозорого та неупередженого розгляду справи по суті спору. Існує ряд перепон для іноземного інвестора у захисті своїх прав, який може опинитися в

невигідному становищі в національному суді іноземної держави через мовний бар'єр, відсутність/ненадійність, складність пошуку місцевих кваліфікованих правників, прості упередження або будь-яку комбінацію цих факторів. В такому випадку, найбільш очевидним рішенням є, звичайно, не підписувати договір, який містить несприятливе положення щодо вибору форуму проведення розгляду спору. В той же час, у випадку настання несприятливої ситуації для інвестора, що полягає у визначенні місцем проведення розгляду спору національного суду – виникає необхідність у пошуку рішення щодо перенесення спору за межі держави-реципієнта інвестицій. Вирішення міжнародного інвестиційного спору за допомогою арбітражу дає багато переваг перед розглядом спору в національних судах. Перший і найбільш очевидний полягає в тому, що арбітраж дає можливість сторонам вирішувати суперечки на нейтральному форумі. Сторонам в арбітражі рекомендується вибирати сторонній форум (тобто не державу походження будь-якої зі сторін) і більшість установ вимагають від своїх арбітрів підписати декларацію про незалежність та неупередженість.

Доведено, що у випадку настання несприятливої ситуації для інвестора, головною метою є визначення місця проведення розгляду спору уникаючи національного суду приймаючої держави, що відкриває необхідність у пошуку рішення щодо перенесення спору за межі держави-реципієнта інвестицій. Суть доктрини *forum non conveniens* (доктрина неналежного місця проведення розгляду спору) полягає в тому, що суд може відмовитися від розгляду справи, якщо вважатиме, що спір було б краще розглядати в іншому місці (принцип наявності адекватного альтернативного місця розгляду спору). Застосування доктрини *forum non conveniens* засноване на власному переконанні суду про те, що вирішити спір більш ефективно в аспекті дотримання та захисту інтересів сторін, збереження мети правосуддя буде при перенесенні розгляду такого спору в інше місце. *Forum shopping* (вибір місця проведення розгляду спору) може застосовуватися в контексті багатоконтрактних судових спорів, наприклад, коли

пункт про вибір форуму з одного контракту стверджується або вважається таким, що застосовується як вибір форуму до іншої пов’язаної угоди.

Екстрапольовано принципи *lis pendens, amiable compositeur* та *ex aequo et bono* в площину захисту прав іноземного інвестора при вирішенні спорів, пов’язаних із експропріацією іноземних інвестицій. Принцип *lis pendens* (він же принцип контрольованої множинності процесів) спрямований на обмеження права на звернення до суду або арбітраж у справі, коли між тими ж сторонами, з того ж предмета спору процедура розгляду вже розпочато. Проблема застосування принципу *lis pendens* може виникнути також у разі, коли інвестор має вибір пред'явити претензію або за договором, або за ДІД, або як договірна вимога, так і вимога по ДІД. Принципи *amiable compositeur* – або принцип світового/дружнього посередництва, – та *ex aequo et bono* застосовують у тому випадку, якщо сторони суперечки прямо уповноважили арбітраж діяти у відповідній якості. "Дружньому посереднику" характерний гнучкий підхід в оцінці обставин. Зміст концепції *ex aequo et bono* полягає в тому, що при використанні підходу *ex aequo et bono* прийняття рішення здійснюється на основі *praeter legem* (поза правом, але близько до нього), а при застосуванні принципу справедливості – прийняття рішення здійснюється відповідно до закону, не виходячи межі правової системи.

Розглянуто критерії законності експропріації, спираючись на поєднання класичних та сучасних підходів для визнання останньої такою, що здійснена на законних підставах, в тому числі законність проведення експропріації майна нерезидентів, що прямо чи опосередковано мають зв’язки із Російською Федерацією та її агресією, як спосіб відшкодування завданих збитків воєнними діями. Приймаючи до уваги основні критерії законності експропріації, примусове вилучення власності іноземного інвестора можливо і допустимо. Згідно вимог критерію законності «належна процедура»: експропріація має відбуватися відповідно до належної процедури встановленої Законом. Трибунали можуть вимагати завчасного повідомлення про експропріацію;

процедура згідно з національним законодавством для інвестора, щоб подати претензії проти позову; дотримання цієї процедури; і справедливий розгляд упродовж розумного строку неупередженим суддею. Закон про експропріацію містить словосполучення «основні принципи» у його повній назві, вказуючи на те, що він не містить достатньо детальних положень щодо того, як його слід застосовувати на практиці. Виявляється, що кожен державний орган, який бере участь у процесі експропріації (насамперед Кабінет Міністрів та РНБО), має розробити власну внутрішню процедуру здійснення конкретного етапу експропріації. Отже, на державу накладені зобов'язання по дотриманню належної процедури, виплату компенсації (відшкодування шкоди, збитків - в залежності від того, яке формулювання значиться в ДІД між Договірними Державами), відсутності в примусовому вилученні дискримінаційної основи (неможливо експропріювати власність за ознакою приналежності власника до резидента/нерезидента, оскільки національна приналежність в питаннях примусового вилучення має бути відсутня.

Досліджено особливості отримання компенсації та стягнення збитків від примусового вилучення інвестицій, заподіяного воєнними діями, зокрема тимчасовою окупацією територій спираючись на захисні положення ДІД. Компенсація за примусове вилучення іноземних інвестицій визначається на момент припинення права власності на об'єкти інвестицій або на інший момент, свідомо передбачений в ДІД. Відшкодування збитків є не тільки формою захисту іноземних інвестицій, наслідком якої є наступ відповідальності за порушення зобов'язань, але і гарантією, яку надає держава-реципієнт у разі примусового вилучення титулу власності як такого. Визначення як компенсації, так і збитків входить в компетенцію арбітражів, які в обов’язковому порядку враховують фактор законності експропріації з боку держави-реципієнта. Варто зазначити, що Верховним Судом було встановлено відсутність у РФ судового імунітету в питаннях заподіяння шкоди на території України дозволяє звернутися до неї із позовом до суду України. Потенційно Україна або

уповноважений нею орган може здійснити платіж на користь інвестора на основі гарантії від некомерційних ризиків, а надалі – стягнути з РФ відшкодування у еквівалентному обсязі. У такому випадку, держава має право звернутися з консолідованим позовом до одного із вищенаведених органів, отримати обов'язкове рішення і на основі останнього виконати рішення, реалізуючи майно РФ на території іноземних країн у зв'язку з існуванням юрисдикційного імунітету державного майна.

Ключові слова: захист власності, іноземний інвестор, експропріація, пряма та непряма експропріація, націоналізація, ДІД, інвестиційний спір, арбітраж, ІКСІД.

SUMMARY

Ashykhmin I.M. Protection of property of a foreign investor from expropriation. – Qualifying research work as manuscript.

Doctoral thesis for an academic degree of the Doctor of Philosophy in specialty specialty 293 – International law. – National University «Odessa Law Academy», Ministry of Education and Science of Ukraine, Odessa, 2023.

The dissertation is the first comprehensive study in Ukrainian science, which is devoted to the protection of the property of a foreign investor from expropriation. The work presents the author's concept and own approach to understanding the phenomenon of expropriation, concepts, ideas and conclusions that are characterized by scientific novelty and are related to modern realities.

The dissertation carried out a comprehensive study of expropriation as a socio-political phenomenon and an instrument of state government policy, which has adverse legal consequences for a foreign investor related to the loss of property, taking into account the modern globalization challenges of humanity.

Expropriation should be considered a unilateral act of the state in the person of a state body, which is carried out on the grounds of public necessity, has a coercive nature, consists in seizing the property and property rights of a person of private law on a paid or free basis with the subsequent transfer of the seized property and property rights to state ownership. At the same time, the definition of the concept of expropriation does not provide an assessment of the legality of such an act, since the compliance of the state's actions with the criteria of the legality of the expropriation does not affect the essence of the concept, in particular, the possibility of expropriation both on a paid and free basis.

It is proved that in general, expropriation can be divided into direct and indirect. Direct expropriation is carried out by a state decision in the form of an adopted normative prescription (act) regulating the procedure for seizing property from private property. Indirect (hidden) expropriation can be carried out by various actions that will

lead to the deprivation of the title holder. In general, the following types of indirect (indirect) expropriation can be distinguished: 1) by measures of state influence on foreign property: seizure of bank accounts, export-import restrictions, zonal laws, strengthening of legislation in the field of investment activities, control over bank transactions account, a policy of unjustified protectionism, interference in the management of a foreign-invested enterprise, forced alienation of shares, denial of access to local labor and local materials or, on the contrary, compulsion to use local labor and local materials; 2) by the method of expropriation: creeping expropriation, consequential expropriation, de facto expropriation.

The peculiarities of the existing conflict-of-law legal means of protecting the rights of a foreign investor, provided by bilateral investment agreements between states and investment contracts between a foreign investor and the host state, are revealed, in particular, the peculiarities of the use of contractual clauses in practice for the restoration of violated rights during expropriation. The legislator defines the application of the law chosen by the parties to the transaction as one of the principles of private international law as a branch of law, as well as a conflict formula of attachment. The choice of applicable law in national legislation is called "autonomy of the will" (*lex voluntatis*). Along with this, the limitation of the parties on the choice of law is the doctrine of public policy. It is generally accepted that a law chosen by the parties will not be given effect to the extent that the application of said law would be contrary to the fundamental policy of the state or country whose law would otherwise be governed.

Stabilization clauses are usually used as contractual clauses in private agreements between investors and host states that address changes in legislation in the host state during investment activities. In general, international investment law distinguishes three main types of modern stabilization practice: 1) "freezing clauses", which exempt investments from the application of new laws, "freezing" the legislation of the host state either in full, or limited to certain areas of regulation (for example, fiscal issues); 2) “balance clauses” that cover financial losses associated with changes

in legislation; 3) "hybrid provisions", which are a combination of provisions on freezing and economic balance, providing in addition to each other as an additional level of protection of investment activities in the territory of the recipient state.

The understanding of the mechanism of application of "umbrella clauses" in bilateral investment agreements, which is based on the postulate of protecting a private investor from unfriendly actions of the recipient state through the transformation of civil liability under an investment contract to international legal liability and the definition of an umbrella clause as one of the international legal guarantees of the rights of a foreign investor. The essence of the umbrella clause derives from BIT and is that each contracting party will comply with other obligations that it has undertaken regarding the investments of citizens or enterprises of the other contracting party in its territory. There are varieties that supplement the "umbrella clause", for example, the "floor provision", the essence of which is that under a specific contract (obligations) between the investor and the recipient state, nothing should be less favorable than BIT. If the terms of a specific agreement (or obligation) are less favorable than the terms of the BIT, the more favorable provisions of the BIT shall apply.

The possibility of a foreign investor independently choosing the place of consideration of disputes with the recipient state of foreign investments related to illegal expropriation has been studied, in order to ensure a transparent and impartial consideration of the case on the merits of the dispute. There are a number of obstacles for a foreign investor to defend his rights who may find himself at a disadvantage in a foreign national court due to a language barrier, lack/unreliability, difficulty in finding local qualified lawyers, simple prejudice or any combination of these factors. In such a case, the most obvious solution is, of course, not to sign a contract that contains an unfavorable provision regarding the choice of the forum for the review of the dispute. At the same time, in the event of an unfavorable situation for the investor, which consists in determining the place of consideration of the dispute by a national court, there is a need to find a solution to transfer the dispute outside the investment recipient state. Resolving an international investment dispute through arbitration offers many

advantages over litigation in national courts. The first and most obvious is that arbitration allows parties to resolve disputes in a neutral forum. Parties to arbitration are encouraged to choose a third party forum (ie not the home country of either party) and most institutions require their arbitrators to sign a declaration of independence and impartiality.

It has been proven that in the event of an unfavorable situation for the investor, the main goal is to determine the venue of the dispute, avoiding the national court of the host state, which opens up the need to find a solution to transfer the dispute outside the investment recipient state. The essence of the doctrine of *forum non conveniens* (the doctrine of the improper venue of the dispute) is that the court can refuse to consider the case if it considers that the dispute would be better heard elsewhere (the principle of having an adequate alternative venue of the dispute). The application of the doctrine of *forum non conveniens* is based on the court's own conviction that it will be more effective to resolve the dispute in terms of observing and protecting the interests of the parties, preserving the goal of justice when transferring the consideration of such a dispute to another place. *Forum shopping* may apply in the context of multi-contract litigation, for example where a forum selection clause in one contract is asserted or deemed to apply as a forum selection to another related agreement.

The principles of *lis pendens*, *amiable compositeur* and *ex aequo et bono* have been extrapolated to the level of protection of the rights of a foreign investor when resolving disputes related to the expropriation of foreign investments. The principle of *lis pendens* (aka the principle of controlled multiplicity of processes) is aimed at limiting the right to appeal to court or arbitration in a case when the review procedure has already been started between the same parties, on the same subject of dispute. The problem of applying the principle of lis pendens can also arise in the case when the investor has a choice to present a claim either under the contract or under the BIT, or both a contractual claim and a claim under the BIT. The principles of *amiable compositeur* - or the principle of world/friendly mediation - and *ex aequo et bono*

apply where the parties to the dispute have expressly authorized the arbitrator to act in that capacity. A "friendly mediator" is characterized by a flexible approach in assessing circumstances. The essence of the *ex aequo et bono* concept is that when using the *ex aequo et bono* approach, the decision is made on the basis of *praeter legem* (outside the law, but close to it), and when applying the principle of justice, the decision is made in accordance with the law, without going the limits of the legal system.

The criteria for the legality of expropriation are considered, based on a combination of classical and modern approaches to recognize the latter as being carried out on legal grounds, including the legality of expropriating the property of non-residents who are directly or indirectly connected with the Russian Federation and its aggression, as a method of compensation damages caused by military actions. Taking into account the main criteria for the legality of expropriation, forced expropriation of the property of a foreign investor is possible and permissible. According to the requirements of the legality criterion "due procedure": expropriation must take place in accordance with the due procedure established by the Law. Tribunals may require advance notice of expropriation; the procedure under national law for the investor to file claims against the claim; compliance with this procedure; and a fair trial within a reasonable time by an impartial judge. The Expropriation Act contains the phrase "basic principles" in its full title, indicating that it does not contain sufficiently detailed provisions on how it should be applied in practice. It turns out that each state body that participates in the expropriation process (primarily the Cabinet of Ministers and the National Security Council) must develop its own internal procedure for carrying out a specific stage of expropriation. Therefore, the state is obliged to comply with the proper procedure, pay compensation (compensation for damage, losses - depending on which wording is included in the BIT between the Contracting States), the absence of a discriminatory basis for forced removal (it is impossible to expropriate property based on the owner's affiliation to a resident/non-resident, as there should be no nationality in matters of forced removal.

The peculiarities of receiving compensation and recovery of damages from the forced withdrawal of investments caused by military actions, in particular the temporary occupation of territories based on the protective provisions of the BIT, have been studied. Compensation for the forced withdrawal of foreign investments is determined at the time of termination of ownership of investment objects or at another time deliberately provided for in the BIT. Indemnification is not only a form of protection of foreign investments, the consequence of which is the onset of liability for breach of obligations, but also a guarantee provided by the recipient state in case of forced seizure of the property title as such. The determination of both compensation and damages is within the competence of arbitrations, which must take into account the legality factor of expropriation by the recipient state. It is worth noting that the Supreme Court established the absence of judicial immunity in the Russian Federation in matters of causing damage on the territory of Ukraine, allowing it to be sued in a court of Ukraine. Potentially, Ukraine or its authorized body can make a payment in favor of the investor on the basis of a guarantee against non-commercial risks, and in the future - collect compensation in the equivalent amount from the Russian Federation. In such a case, the state has the right to file a consolidated lawsuit with one of the above-mentioned bodies, obtain a binding decision and, based on the latter, implement the decision, realizing the property of the Russian Federation on the territory of foreign countries due to the existence of jurisdictional immunity of state property.

Key words: protection of a property, foreign investor, expropriation, direct and indirect expropriation, nationalization, BIT, investment dispute, arbitration, ICSID.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Ашихмин И. М. Принципы *amiable compositeur* и *ex aequo et bono* в арбитражной практике разрешения инвестиционных споров. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. № 3. С. 76-79.
2. Ашихмин И. М. Применение принципа *lis pendens* при разрешении международных инвестиционных споров. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2018. № 4. С. 27-30.
3. Ашихмин И. М. Понятие и виды косвенной (скрытой) экспроприации иностранных инвестиций. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 3. С. 99-101.
4. Ашихмин И. М. Возмещение убытков как форма защиты иностранных инвестиций от незаконной экспроприации. *Альманах международного права*. 2018. № 20. С. 92-96.
5. Ашихмин И. Определение национальности иностранного инвестора в спорах с государством-реципиентом. *Юридичний вісник*. 2020. № 3. С. 270-276.
6. Ашихмин И.М. Экстратерриториальное действие актов государства о национализации. *Південноукраїнський правничий часопис.* 2020. №1. С. 65-68.
7. Ashykhmin I. Competition of protection measures for damaged rights of foreign investor in disputes with the recipient state. *Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS).* 2020. № 5. P. 4-10.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації та додатково відображають її наукові результати:

8. Ашихмін І.М. Націоналізація іноземних інвестицій як прояв принципу суверенітету держави. *Політико-правова доктрина державного суверенітету в умовах глобалізації:* матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 100-річчю зі дня народження доктора юридичних наук, професора Л.М. Стрельцова (25.10.1918 – 24.03.1979). Видавничий дім «Гельветика» . 2018. С. 114–117.

9. Ашихмін І.М. Деякі аспекти імплементації правових норм ЄС до національного законодавства України з питань захисту іноземних інвестицій. *Український щорічник з європейських інтеграційних студій Україна – Європейський Союз: від партнерства до асоціації.* – 2019. – Випуск ІІ. – С. 31-38.

10. Ашихмін І.М. Венчурне підприємництво: гарантії прав іноземного інвестора. *Конкурентоспроможність підприємств в умовах трансформаційних процесів в економіці України:* Збірник матеріалів ІІІ Міжвузівської науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих учених, Харків, 14 листопада 2018 р. / Харківський торговельно-економічний інститут КНТЕУ. Харків: ХТЕІ КНТЕУ. 2018. С. 228-229.

11. Ашихмін І.М. Інвестиції в хмарні технології: перспективи правового регулювання в Україні. *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження:* Матеріали другої наук.-практ. конф., 29 лист. 2018 р., м. Київ / Упоряд. : В. М. Фурашев, С. О. Дорогих. – Київ : КПІ ім. Ігоря Сікорського, Вид-во «Політехніка», 2018. 168 с. С. 75-78.

12. Ашихмін І.М. Адаптація національного законодавства України з питань захисту прав інвесторів до права ЄС. *Адаптація правової системи України до права Європейського Союзу:* теоретичні та практичні аспекти: матеріали

III Всеукраїнської за міжнародною участю наук.-практ. конф. (Полтава, 25–26 жовтня 2018 р.). Полтава. 2018. С. 54–55.

13. Ashykhmin I. M. The forum shopping doctrine and its application in international investment disputes. *Конгрес міжнародного та європейського права*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 19 квіт. 2019 р.) [Електронний ресурс] / МОН України, Нац ун-т «Одес. юрид. акад.» . Одеса: Фенікс. 2019. С. 72-75.

14. Ашихмін І.М. Форми і методи вирішення інвестиційних спорів: питання вибору оптимального способу захисту прав іноземного інвестора. *Міжнародна науково-практична конференція «Міжнародні стандарти справедливого правосуддя та їх імплементація в українське законодавство».* Юридичний факультет Київського національного університету ім.. Т.Г. Шевченка. (17 грудня 2018 р., м. Київ). К.: Алерта, 2018. С. 250-253.

ЗМІСТ

ВСТУП 3

РОЗДІЛ 1. ПОНЯТІЙНО-КАТЕГОРІАЛЬНИЙ АПАРАТ ІНСТИТУТУ ЕКСПРОПРІАЦІЇ 14

1.1. Поняття експропріації іноземних інвестицій та її відмежування від суміжних явищ 14

1.2. Ретроспективний підхід до розуміння примусового вилучення власності державою-реципієнтом 25

1.3. Види експропріації іноземних інвестицій 34

1.4. Правове регулювання міжнародних багатосторонніх, регіональних та двосторонніх інвестиційних угод. 44

РОЗДІЛ 2. КОЛІЗІЙНІ-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТОРА ВІД ЕКСПРОПРІАЦІЇ 54

2.1. Екстратериторіальна дія актів держави щодо націоналізації майна 54

2.2. Вибір права. «Парасолькове» застереження. Захисне застереження 61

2.3. Процесуальні особливості вирішення спорів з експропріації майна 90

2.3.1. Можливість перенесення спору за межі держави-реципієнта. Доктрина forum non conveniens. Доктрина forum shopping (forum non shopping) 90

2.3.2. Конкуренція засобів судового (арбітражного) захисту. Принцип lis pendens. Принципи amiable compositeur та ex aequo et bono 103

РОЗДІЛ 3. ДОГОВІРНІ (МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВІ) МЕХАНІЗМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТОРА 132

3.1. Значення національності іноземного інвестора при захисті інвестицій 132

3.2. Критерії визнання проведеної експропріації законною 147

3.3. Компенсація та відшкодування збитків при експропріації 169

ВИСНОВКИ 196

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 202

ДОДАТКИ 228

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Залучення іноземних інвестицій у державу суттєво впливає на реалізацію зовнішньої та внутрішньої політики, оскільки від цього залежить економічне зростання держави. За останні десятиліття спостерігався приріст міжнародних інвестицій, проте національне законодавство багатьох країн, особливо що розвиваються, не може забезпечити їх захист у повній мірі. Тим самим збільшилася кількість спорів, і у зв'язку з цим виникло питання правового захисту іноземних інвестицій. Зазвичай, механізми врегулювання спорів між іноземними інвесторами та державами, що приймають інвестиції, містяться в міжнародних багатосторонніх та двосторонніх інвестиційних договорах, національному інвестиційному законодавстві, інвестиційних контрактах.

Захист іноземних інвестицій від експропріації є давнім принципом міжнародного інвестиційного права. Незважаючи на цей факт, згідно з поняттям територіального суверенітету, класичні норми міжнародного права визнають право приймаючої держави на експропріацію чужої власності в принципі. Крім того, концепція експропріації поступово розширюється, тому надати єдине визначення експропріації є непростим завданням. Навіть у сучасних міжнародних інвестиційних договорах визначення експропріації залишається суперечливим. Ризик експропріації для іноземних інвесторів зростає через сукупність факторів, таких як ресурсний націоналізм, енергетичний перехід від викопного палива до чистої енергії та постійне зростання популізму та націоналістичних настроїв у всьому світі, воєнні конфлікти тощо. Як реагувати на цей ризик і пом'якшити його, стає все більш актуальною проблемою для іноземних інвесторів.

Простими словами під експропріацією розуміють примусове вилучення приватної власності урядом, який діє від імені держави як суверен. За деяких обставин і з дотриманням важливих умов і обмежень держави мають право на експропріацію. Експропріація може бути прямою або непрямою. Пряма

експропріація відбувається, коли держава вилучає право власності або право власності на актив. Непряма експропріація може мати місце, коли держава позбавляє інвестора істотної вартості його інвестицій. Дуже схоже за змістом визначення має поняття націоналізація. Хоча її трактують по-різному, автор схиляється до думки визначати її як різновид прямої експропріації, що передбачає перехід активу із приватної у державну власність та наділяє державне підприємство або саму державу функцією безпосереднього контролера над вилученим майном. Регуляторні зміни – такі як підвищення податку, запровадження нового податку або призупинення дії ліцензії на проект, – можуть призвести до непрямої експропріації.

Усі суверенні держави мають право приймати закони для суспільного блага. Держава може посилатися на свої законодавчі, регулятивні чи поліцейські повноваження як виправдання для заходу, який вважається експропріаційним.Дискусія в таких випадках зазвичай зосереджується на природі та меті дій держави — чи вжиті заходи відбулися без швидкої, адекватної та ефективної компенсації (отже, незаконна експропріація), чи вони були законним виконанням повноважень держави в час економічної кризи, збройного конфлікту або іншими заходами, вжитими в межах належного розсуду уряду, і потенційно взагалі не можуть розцінюватися як експропріація.

Багато держав із великими природними запасами ресурсів, які користуються високим попитом, наприклад, таких як нафта, мідь та літій, прагнуть збільшити державні доходи прямо чи опосередковано через державні підприємства, витісняючи іноземних інвесторів і змінюючи правовий ландшафт, щоб таким чином збалансувати економіку внутрішньодержавних інвестицій. Багато держав також відновлюють контроль над природними ресурсами, щоб боротися зі зміною клімату та проблемами нерівності. Часом співробітники підприємства з іноземними інвестиціями також можуть бути під загрозою звільнення, оскільки ризик експропріації позбавляє підприємство можливості здійснювати господарську

діяльність та виплачувати заробітну плату. Політичний та економічний клімат у приймаючій країні може швидко змінюватися. Окрім первинної належної перевірки, яка проводиться перед здійсненням інвестицій, і будь-яких зобов'язань, забезпечених у вигляді правової стабільності чи інших подібних гарантій, надзвичайно важливо відстежувати зміни в політичному керівництві, економічних умовах та державній політиці, щоб виявити закономірності, які можуть становити загрозу для інвестицій і людей на місцях.

Більш того, тема дослідження наразі є актуальною як ніколи, оскільки в умовах російської агресії чимала кількість іноземних інвесторів втратила власність на території України, тому захист прав власності іноземного інвестора є ключовим питанням для відновлення інвестиційного клімату в Україні та залучення іноземних інвестицій в подальшому.

Необхідність цього дослідження також пояснюється потребою узагальнити можливі заходи захисту приватної власності іноземного інвестора у державі-реципієнті іноземних інвестицій як на національному рівні, так і в міжнародно-правовому полі через призму колізійно-правових та матеріально-правових методів. Навіть у разі відсутності можливості уникнення експропріації майна іноземного інвестора, право на отримання належного правового захисту своїх прав та законних інтересів, зокрема отримання негайної, адекватної та ефективної компенсації, має бути невід'ємною складовою гарантій іноземного інвестора при здійснення інвестиційної діяльності закордоном. Отже, наше завдання полягає в тому, щоб з урахуванням усього розмаїття міжнародно-правових та національно-правових засобів захисту іноземного інвестора, наявної судової та арбітражної практики, доктринальних позицій видатних вчених та фахівців у галузі міжнародного інвестиційного права виявити найбільш прийнятні для збереження статусу-кво активів іноземного інвестора до проведеної експропріації.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження виконано відповідно до плану науково-дослідної роботи кафедри міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія» в контексті теми науково-дослідної програми «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та 6 культурний вимір» (державний реєстраційний номер 0116U001842) на 2016-2020 рр.

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є розробка теоретичних та практичних положень, що допоможуть визначити найбільш ефективні способи захисту прав власності іноземного інвестора від експропріації, а також формулювання рекомендацій щодо його застосування іноземними інвесторами при здійсненні інвестиційної діяльності.

Для досягнення зазначеної мети вирішувалися такі *завдання*:

розкрити поняття експропріації та його відмежування від суміжних явищ;

висвітлити ретроспективний підхід до розуміння примусового вилучення власності;

дослідити існуючі види експропріації іноземних інвестицій;

розглянути питання правового регулювання міжнародних багатосторонніх, регіональних та двосторонніх інвестиційних угод (надалі – ДІД) та їх взаємодію;

дослідити екстратериторіальну дію актів держави щодо націоналізації майна;

розкрити сутність вибору застосованого права, *«парасолькового»* та захисного застереження;

розглянути процесуальні особливості вирішення спорів із захисту прав власності інвесторів у зв'язку з експропріацією майна;

визначити можливість перенесення спору за межі держави-реципієнта та розкрити сутність доктрини *forum conveniens*, доктрини *forum shopping (forum non shopping)*;

дослідити конкуренцію засобів судового (арбітражного) захисту прав іноземного інвестора;

розкрити сутність застосування принципу *lis pendens*, принципів *amiable compositeur* та *ex aequo et bono* у міжнародному інвестиційному праві;

дослідити значення національності іноземного інвестора при захисті від експропріації;

розглянути критерії визнання експропріації власності іноземного інвестора законною;

проаналізувати умови здійснення виплати компенсації і відшкодування збитків за експропріацію майна іноземного інвестора.

Об'єктом дослідження є відносини, які виникають між іноземним інвестором та державою-реципієнтом при здійсненні останньою експропріації власності іноземного інвестора.

Предметом дослідження є захист прав власності іноземного інвестора від експропріації.

Методи дослідження. Під час виконання дисертаційного дослідження було використано сукупність загальнонаукових і спеціальних методів наукового пізнання. Зокрема, за допомогою діалектичного методу поглиблено понятійний апарат, визначено сутність явища експропріації та його відмежування від суміжних понять (підрозділ 1.1). Метод системно-структурного аналізу надав можливість дослідити поняття «експропріація» як цілісної множини елементів у сукупності відношень і зв'язків між поняттями «націоналізація», «реквізиція», «конфіскація», «примусове вилучення» та інших (підрозділ 1.1). Порівняльно-правовий метод застосовувався в процесі порівняння різних засобів судового (арбітражного) захисту іноземних інвестицій та взаємодії критеріїв визнання експропріації законною в залежності від їх визначального впливу на законність проведеної експропріації (підрозділи 2.3, 3.2); функціональний метод надав змогу розглянути експропріацію як правомірне та неправомірне явище, дослідити її

динаміку та шляхи застосування урядами держав-реципієнтів іноземних інвестицій (підрозділи 1.1, 1.4, 3.1, 3.2). Використання історичного методу надало можливість проаналізувати застосування експропріації на етапі формування «примусового вилучення» як основоположного елементу прояву державного суверенітету у міжнародному праві (підрозділ 1.2); герменевтичний метод було використано для визначення сутності колізійно-правових та матеріально-правових засобів захисту від експропріації шляхом опрацювання існуючих нормативно-правових актів, що регулюють коло даних правовідносин (підрозділи 1.4, 2.1, 2.2, 3.2); метод аналогії було використано при огляді підходів застосування арбітражами норм міжнародного права для визначення наявності порушень у діях держави-реципієнта на предмет незаконного вилучення іноземних інвестицій, вплив критеріїв законності експропріації, національного законодавства у подібних спорах між іноземним інвестором та державою на кваліфікацію порушень міжнародного інвестиційного законодавства та положень договорів (підрозділи 2.2, 2.3, 3.3); методи аналізу та синтезу використовувалися при формуванні висновків і пропозицій дисертації з урахуванням вимог стосовно визначеності, несуперечливості, послідовності й обґрунтованості суджень у межах загально-теоретичних та міжнародно-правових конструкцій з використанням понятійного апарату відповідних галузей науки (розділи 1, 2, 3). Використання зазначених методів в їх комплексі було направлено на максимально об’єктивне і ґрунтовне дослідження проблематики.

Теоретичну основу дослідження становлять наукові положення, які містяться в роботах таких учених, як Амерахсінге Ч. Ф., Бек Ю.Б., Белоглавек А., Бішоп Р. Д., Бондар К.П., Браунлі Я., Вайлер Т., Вельде Т., Вениціанов М.В., Войтович С.А., Вортлі Б., Довгерт А.С., Дользер Р., Домке М., Злакоман І.М., Калкінс Р., Кафарський В.В., Кисіль В.І., Ківалова Т.С., Кінсела С., Коссак В.М., Кроуфорд Д., Крайндлер Р., Лисиця В.Н., Мальський М.М., Маклаклан К., Мамон З. В., Манірузаман М., Ньюкомб Е.,

Парра А., Притика Ю.Д., Рубінс Н., Сліпачук Т. В., Сабах Б., Сорнарайях М., Хрімлі О.Г., Черних Ю. С., Шемшученко С. О., Шилл С., Шройєр К. та ін.

Нормативну базу дослідження становлять міжнародні конвенції універсального і регіонального характеру, двосторонні інвестиційні договори, міжнародно-правові звичаї, внутрішньодержавні акти юридичного і політичного характеру.

Емпіричним підґрунтям дослідження виступили рішення Міжнародного центру із врегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД), Міжнародного Суду ООН та міжнародних комерційних арбітражів, Європейського суду з прав людини, матеріали судової та арбітражної практики України та іноземних держав.

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що дисертація є першим в Україні комплексним дослідженням, яке присвячене захисту прав власності іноземного інвестора від експропріації. Зроблено висновки та надано пропозиції, які мають значення для сучасної юридичної науки та практики і відповідають вимогам наукової новизни. До них слід віднести такі:

уперше:

проведено комплексне дослідження експропріації як суспільно-політичного явища та інструменту проведення державної політики уряду держави, що має юридичні несприятливі наслідки для іноземного інвестора, пов’язані із втратою майна, зважаючи на сучасні глобалізаційні виклики людства;

екстрапольовано принципи *lis pendens, amiable compositeur* та *ex aequo et bono* в площину захисту прав іноземного інвестора при вирішенні спорів, пов’язаних із експропріацією іноземних інвестицій;

досліджено критерії законності експропріації, спираючись на поєднання класичних та сучасних підходів для визнання останньої такою, що здійснена на законних підставах, в тому числі законність проведення експропріації майна нерезидентів, що прямо чи опосередковано мають

зв’язки із Російською Федерацією та її агресією, як спосіб відшкодування завданих збитків воєнними діями;

удосконалено:

особливості існуючих колізійно-правових засобів захисту прав іноземного інвестора, наданих двосторонніми інвестиційними угодами між державами, інвестиційними контрактами між іноземним інвестором та приймаючою державою, зокрема особливості використання договірних застережень на практиці, задля відновлення порушених прав при експропріації;

механізм застосування «*umbrella clauses*» у двохсторонніх інвестиційних угодах, в основі якого лежить постулат захисту приватного інвестора від недружніх дій держави-реципієнта через трансформацію цивільно-правової відповідальності за інвестиційним контрактом на міжнародно-правову відповідальність та визначення парасолькового застереження як одної з міжнародно-правових гарантій прав іноземного інвестора;

обґрунтування, що примусове вилучення власності іноземного інвестора можливо і допустимо, приймаючи до уваги основні критерії законності експропріації. В той же час, встановлено наявність нагальної потреби удосконалити, як на міжнародному, так і на національному рівні (на прикладі України), нормативно-правові акти, що регулюють/врегульовуватимуть процедуру експропріації із дотриманням критеріїв її законності;

сутність застосування доктрин *forum non conveniens* та *forum shopping* як процесуальних важелей альтернативного місця проведення розгляду інвестиційних спорів між іноземним інвестором та державою-реципієнтом та способів створення передумов для сприятливого захисту прав іноземного інвестора шляхом уникнення таких перепон, як мовний бар’єр, відсутність/ненадійність, складність пошуку місцевих кваліфікованих правників, прості упередження або будь-яку комбінацію цих факторів;

практичне обґрунтування та підтвердження фундаментальності принципу повного відшкодування, що розроблений у справі *Chorzow Factory* і кодифікований у статтях КМП, зокрема його нагальну необхідність застосування в інвестиційному арбітражі при розгляді питань щодо відшкодування збитків;

набуло подальшого розвитку:

здійснення іноземним інвестором самостійного вибору місця проведення розгляду спорів із державою-реципієнтом іноземних інвестицій, пов'язаних із незаконною експропріацією, для забезпечення прозорого та неупередженого розгляду справи по суті спору;

теоретичні положення щодо визначення експропріації, її видів та відмежування від суміжних явищ;

на підставі аналізу норм національного законодавства на прикладі України доведено правомірність можливого обмеження принципу автономії волі учасників правовідносин;

визначено та охарактеризовано вплив положень ДІД на інтеграцію норм із різних джерел міжнародного права в єдину систему, що регламентує поведінку іноземного інвестора при здійсненні інвестиційної діяльності та приймаючої держави у створенні сприятливих умов та захисту від завдання шкоди;

обґрунтовано вплив правильного визначення та роль національності іноземного інвестора при вирішенні інвестиційних спорів, залежність впливу національності іноземного інвестора на правильність вибору способу захисту;

отримання компенсації та стягнення збитків від примусового вилучення інвестицій, заподіяного воєнними діями, зокрема тимчасовою окупацією територій, на підставі захисних положень ДІД;

проаналізовано практичне розмежування понять «виплата компенсації» і «відшкодування збитків» в контексті захисту іноземних інвестицій від експропріації.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що сформовані у дисертації висновки та пропозиції можуть бути використані у:

науково-дослідній сфері – з метою подальшого розвитку міжнародного інвестиційного права та процесу та визначення справедливого балансу між суверенним правом держави на експропріацію та захистом законних прав та інтересів іноземного інвестора;

нормотворчій діяльності – під час розробки нових та внесення змін до чинних міжнародних та національних нормативно-правових актів, які регламентують захист прав власності іноземного інвестора від примусового вилучення майна;

правозастосовчій діяльності – для забезпечення єдності у застосуванні правових норм, що регламентують виконання зобов'язань та вирішення міжнародних спорів;

науково-методичній роботі – при підготовці навчальних посібників та підручників з міжнародного права, міжнародного інвестиційного права, міжнародного приватного права, при викладанні курсів міжнародного права, міжнародного інвестиційного права, міжнародного приватного права, в розроблені спецкурсів з теоретичних та практичних проблем захисту іноземних інвестицій від різновидів примусового вилучення;

навчальному процесі – для вивчення дисциплін «Міжнародне право», «Міжнародне інвестиційне право», «Міжнародне приватне право», «Теорія і практика міжнародного права»;

правовиховній сфері – для підвищення рівня правової культури населення, формування фахової правосвідомості здобувачів вищої освіти юридичних вузів та факультетів.

Апробація результатів дисертації. Висновки і положення дисертаційного дослідження обговорювалися на засіданнях кафедри міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія». Основні результати дисертаційного дослідження доповідалися на міжнародних науково-практичних конференціях, серед яких,

зокрема: ІІІ Міжвузівська науково-практична конференція студентів, аспірантів та молодих учених, Харків, 14 листопада 2018 р.; Друга науково-практична конференція (29 листопада 2018 р., м. Київ); Конгрес міжнародного та європейського права (м. Одеса, 25 – 26 травня 2018 року); ІІІ Всеукраїнська за міжнародною участю науково-практична конференція (Полтава, 25–26 жовтня 2018 р.); Всеукраїнська науково-практична конференція «Правова держава: міждисциплінарний підхід». (Донецький юридичний інститут, м. Маріуполь, 2018); Міжнародна науково-практична конференція, присвячена 100-річчю зі дня народження доктора юридичних наук, професора Л.М. Стрельцова (25.10.1918 – 24.03.1979), (м. Одеса, 26 жовтня 2018 року); Міжнародна науково-практична конференція «Міжнародні стандарти справедливого правосуддя та їх імплементація в українське законодавство» (Юридичний факультет Київського національного університету ім.. Т.Г. Шевченка, м. Київ, 2018).

Публікації. Основні положення та висновки знайшли відображення у 14 публікаціях, у тому числі 6 статтях, опублікованих у наукових періодичних виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 1 статті, опублікованої у зарубіжному фаховому виданні, 7 тезах доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура роботи. Дисертація складається з анотації, вступу, трьох розділів, які включають десять підрозділів та два підпункти, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг дисертації – 227 сторінок, з них основного тексту – 181, список використаних джерел складає 216 найменувань і розташований на 25 сторінках.

РОЗДІЛ 1. ПОНЯТІЙНО-КАТЕГОРІАЛЬНИЙ АПАРАТ ІНСТИТУТУ ЕКСПРОПРІАЦІЇ

1.1. Поняття експропріації іноземних інвестицій та її відмежування від суміжних явищ

Здійснення інвестиційної діяльності передбачає виникнення прав та обов'язків як в інвестора, так і в держави, яка приймає інвестиції. При недотриманні взаємних зобов'язань виникає порушення прав, в такий спосіб виникає питання захисту інвестицій. Одним із найважливіших питань здійснення інвестиційної діяльності в іноземній державі є гарантії захисту інвестицій при незаконному посяганні на активи іноземного інвестора.

При появі нового способу здійснення інвестиційної діяльності виникає питання гарантій прав на захист іноземних інвестицій. Правове регулювання захисту іноземних інвестицій регламентується національним законодавством держав-реципієнтів, а також міжнародним правом. Також слід зазначити, що існує необхідність у визначенні категорії венчурного інвестування та питання їх захисту в нормативно-правових актах відносно здійснення іноземного інвестування. Законодавче закріплення такої категорії дозволило б уникнути двозначного тлумачення та дефінітивних колізій. У даний час венчурні інвестиції підпорядковуються загальній системі гарантій захисту, яка має універсальний характер [8, с. 228].

Як правило, вищевказані категорії гарантій містяться у інвестиційних контрактах та двосторонніх інвестиційних угодах (ДІД). Проте при здійсненні венчурного інвестування виникає питання договірного та законодавчого закріплення спеціальних гарантій, оскільки склад учасників венчурного підприємництва (носій ідеї інтелектуальної власності; підприємець, який трансформує ідею у бізнес; венчурний інвестор) може дещо відрізнятися від традиційної моделі інвестування та взаємодія суб'єктів венчурного підприємництва не регламентується нормативно, втім однаково потребують захисту від можливого примусового вилучення.

Держави-експортери капіталу незмінно виступають за те, що міжнародне право допускає примусове вилучення іноземної власності лише за умови, якщо цього вимагають «суспільні інтереси», а також виплати «негайної, достатньої та дійсної компенсації». З іншого боку, держави-реципієнти капіталу виступають за те, що питання права власності насамперед є прерогативою національного законодавства, яке може допускати вилучення власності іноземних інвесторів, наприклад, за ціною, нижчою від ринкової [39, с. 93-94].

Проблема експропріації має значення при здійсненні будь-якої господарської діяльності на території іноземної держави. У середині XX століття Верховний суд США, позначаючи важливість проблеми примусового вилучення іноземної власності, констатував: «існує небагато проблем міжнародного права, думки щодо яких так поділялися б, як питання обмеження державної влади експропріювати іноземну власність» [102]. Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 1803 (XVII) про «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами» від 14 грудня 1962 року зазначається, що «націоналізація, експропріація чи реквізиція повинні ґрунтуватися на міркуваннях чи мотивах суспільної користі, безпеки чи національних інтересів, які визнають суто особисті чи приватні інтереси як громадян, так і іноземців. У цих випадках власнику сплачується відповідна компенсація відповідно до правил, що діють у державі, яка вживає цих заходів для здійснення свого суверенітету, та відповідно до міжнародного права. У всіх випадках, коли питання про компенсацію викликає спір, використовуються всі можливості вирішення її в національних судових інстанціях держави, яка вживає цих заходів. Проте, за згодою зацікавлених суверенних держав та інших зацікавлених сторін, спір має бути врегульований в арбітражному порядку або міжнародним судовим рішенням» [60]. Цим постулатом було закріплено право держави на внутрішній суверенітет, право здійснювати самостійну політику щодо розпорядження своїми природними багатствами та ресурсами. Проте

водночас йдеться про виплату адекватної компенсації відповідно до належної правової процедури. Така сама позиція знайшла свій відбиток у Хартії економічних правий і обов'язків держав (далі – Хартія) [77], прийнята ГА ООН 12 грудня 1974 року. У ст. 1 Глави 2 Хартії зазначається, що кожна держава має суверенне і невід'ємне право обирати свою економічну політичну, соціальну та культурну систему відповідно до волі свого народу, без втручання, застосування сили чи загрози ззовні у будь-якій формі.

Статтею 2 закріплюється невід'ємне право держав на здійснення повного та постійного суверенітету над усіма своїми багатствами, природними ресурсами та економічною діяльністю, включаючи право на володіння, використання та експлуатацію. Також у ч. 2 ст. 2 відображається право держав на націоналізацію, експропріацію, передачу іноземної власності: «У цьому випадку держава, яка вживає таких заходів, має виплачувати відповідну компенсацію з урахуванням її відповідних законів та постанов, а також усіх обставин, які ця держава вважає за доречне. У будь-якому випадку, коли питання про компенсацію викликає спір, воно має врегулюватися відповідно до внутрішнього права націоналізуючої держави та її судами, якщо тільки всі зацікавлені держави добровільно та за взаємною згодою не досягнуть домовленості щодо пошуків інших мирних засобів врегулювання на основі суверенної рівності держав та відповідно до принципу вільного вибору коштів» [77].

Існує переважна кількість формулювань поняття «експропріації». Разом з тим, дотепер не вироблено комплексного, послідовного та внутрішньо несуперечливого підходу до вирішення наступних питань: визначення поняття «експропріація», його правовий зміст, порядок та умови здійснення експропріації, а також її співвідношення з суміжними формами примусових вилучень [29, с.13]. Г.Ф. Шершеневич розуміє під актом експропріації примусове відплатне відчуження або обмеження прав, яке здійснюється державною владою задля загальнокорисної мети. Він є актом державної влади, яка встановлює юридичне відношення між тією особою,

право якої припиняється, і тією особою, на користь якої відбувається це припинення [30, с. 14]. Суть тлумачення лежить у примусовому оплачуваному чи неоплачуваному відчуженні власності фізичної (юридичної) особи, окремого соціального класу державними органами. Основними питаннями, нерозривно пов'язаними з актом експропріації, є верховенство права, належна правова процедура та питання про компенсацію. Важливо, щоб законодавство конкретно вказувало право держави-реципієнта на експропріацію власності, працював злагоджений механізм, доступний інвестору-нерезиденту, який має право на оскарження акта про експропріацію.

Проте не завжди дії держави можна розцінювати як акт експропріації. І. Броунлі зазначає, що заходи держав, які є *prima facie* правомірним проявом державної влади, можуть суттєво торкнутися іноземних інтересів, не будучи при цьому експропріацією. Так, іноземне майно та його використання можуть бути піддані оподаткуванню, торговим обмеженням, що включають ліцензії та квоти, або заходам щодо девальвації. Хоча конкретні факти можуть змінити конкретні справи, у принципі, подібні заходи є неправомірними і створюють випадок експропріації [100, с.509]. Експропріація (націоналізація) та подібні до неї примусові заходи вилучення іноземної власності не є порушенням міжнародного права, якщо вони не носять дискримінаційного характеру, здійснюються на благо суспільства і при цьому приватному інвестору виплачується швидка, ефективна та адекватна компенсація. Експропріацію іноді плутають із націоналізацією, яка проведена належним чином та є актом прояву принципу суверенітету держави [108, с.505].

Іноземні інвестиції та їх допуск до національної економіки держави-реципієнта врегульовується відповідно до норм національного законодавства та норм міжнародного права. Доктриною міжнародного права визнається право держави на націоналізацію іноземних інвестицій. У проекті конвенції про захист іноземної власності, запропонованої Радою Організації

європейського співробітництва і розвитку (ОЕСР) також було визначено суверенне право держави на примусове вилучення сукупності об'єктів іноземного інвестування. В цьому проекті були закріплені стандарт справедливого ставлення, заборона невиправданих та дискримінаційних заходів, компенсація за експропріацію, а також вперше стандарт захисту та безпеки. Хоча проект конвенції про захист іноземної власності ОЕСР 1967 р. так і не був прийнятий, його положення стали моделлю, яка застосовувалася у багатьох двосторонніх інвестиційних договорах [81, с.528]. Проте, слід зазначити, що умови проведення націоналізації об'єктів приватної власності встановлюються не приписами міжнародного права, а саме законодавством держави, яка проводить націоналізацію. Взагалі, націоналізація – акт вилучення приватної власності та передача її у державну. Риси, які притаманні такому вилученню, схожі із експропріацією. Найголовніше питання, яке необхідно вирішити іноземному інвестору та державі-реципієнту – дотримання законності та вмотивованості таких дій. Необхідно розуміти, що націоналізація – державний акт, який має соціально-економічний напрям та проводиться з метою уникнення загрози стагнації економічних показників сектору, який є об'єктом інвестування, у разі швидкої репатріації іноземних інвестицій [11, с.114-115]. Тому правове регулювання інвестиційної діяльності скеровано на дотримання умов, які полягають у здійсненні націоналізації для досягнення суспільно корисної мети, на недискримінаційній основі, обов'язковій виплаті компенсації та на законних підставах. Національними законами щодо здійснення інвестиційної діяльності фізичними, юридичними особами-нерезидентами передбачено відшкодування націоналізованого майна, конкретні умови, порядок та строки проведення націоналізації безпосередньо. Ці закони мають екстериторіальну дію, тому повинні визнаватися за межами території держави. Адже майно, яке підлягає націоналізації, може знаходитися за межами території держави, наприклад майно представництв, філіалів, які створені юридичними особами-резидентами в іноземних державах тощо.

Як правило, державами дотримується принцип взаємності у міжнародних угодах щодо зобов'язань уникнення здійснення примусового вилучення іноземних інвестицій, або до угоди додається застереження про виплату негайної рівноцінної компенсації. Такі угоди укладаються між урядами двох суверенних держав та іменуються двосторонніми міжнародними угодами про захист та заохочення капіталовкладень.

Націоналізацію необхідно відрізняти від експропріації та конфіскації. Адже націоналізація, як акт держави по переходу титулу власника від приватної особи до держави, є заходом (системою заходів) держави по здійсненню соціально-економічних перетворень і стосується не лише окремих об'єктів приватної власності (експропріація), а конкретного сектору національної економіки, який був об'єктом інвестування з боку іноземних інвесторів. Тобто націоналізація має реформаторський напрям, на відміну від конфіскації, яка є заходом стягнення індивідуального характеру.

Взаємозв'язок націоналізації іноземних інвестицій та дотримання державою принципу державного суверенітету випливає із здійснення державними органами економічної функції на засадах проведення державної політики. Тобто проведення націоналізації є однією із форм прояву державного суверенітету. До основних суверенних прав, що розкривають зміст категорії «економічний суверенітет», Ю.В. Байдіним віднесено право регулювати діяльність іноземних компаній, іноземних інвестицій, право націоналізації іноземної власності, право бути рівноправним учасником міжнародних економічних відносин, право на повагу національних економічних інтересів, право на участь у вирішенні міжнародних економічних проблем, передусім тих, які зачіпають національні інтереси [14, с.84-85]. Явище суверенітету полягає у правомочності держави встановлювати власну політичну, економічну систему та формувати власну модель функціонування інституту права власності.

Тому, при здійсненні націоналізації іноземних інвестицій на недискримінаційній основі, у встановленому національним законом порядку

та невідкладній компенсації за відчужене майно у державну власність корелюється із принципом суверенітету держави по формі здійснення державними органами владних повноважень у сфері державного регулювання інвестиційної діяльності.

Хоча, крім експропріації, існують і інші суміжні явища, які необхідно розрізняти. Існує велика кількість порівняння та розмежування таких понять. Необхідно виділити найбільш, на нашу думку, підходящі. М. Богуславський розрізняє поняття експропріації та націоналізації, характеризуючи експропріацію як спосіб вилучення окремих об'єктів у власність держави, а націоналізацію як загальний підхід держави щодо здійснення соціально-економічних змін [42, с.108]. Загалом такий спосіб розмежування понять експропріації та націоналізації є найпоширенішим. Однак, слід нагадати, що націоналізація може бути у формі вилучення окремих об'єктів у власність держави. Як приклад, ситуація навколо КБ «Приват Банк», щодо якої застосовують поняття «націоналізація», хоча краще було б позначити це «експропріацією». Націоналізація все ж таки є загальним підходом держави до вилучення власності, ніж окремих її об'єктів. КБ «Приват Банк» не є окремим сектором економіки, є лише одним із банків, попри те, що є масштабним підприємством і відноситься до суб'єктів господарювання у специфічній сфері діяльності.

Наконечним А.Б. зазначено про суттєву різницю між експропріацією та іншими видами примусового вилучення власності та зазначається про поняття експропріації як узагальнююче для націоналізації, реквізиції, вилучення земельної ділянки для державних та муніципальних потреб [43, с.27, 71]. Поєднуючи всі вищеназвані поняття, можна підвести поняття експропріації як правомірне примусове вилучення майна, майнових прав та інтересів їх приватної власності, яке здійснюється в публічних інтересах, з метою виникнення права власності у держави. Експропріація має бути правомірною, тобто здійснюватися відповідно до закону, інакше подібна дія держави суперечитиме загальному принципу захисту прав людини.

Експропріація має примусовий характер, незалежно від того, згоден власник на відчуження майна чи ні, оскільки вона є одностороннім актом держави. У понятті експропріації важливою є мета – виникнення права власності у держави. Саме останньою якістю експропріація відрізняється від конфіскації (мета – покарання), від вилучення у власника майна, що використовується з порушенням законодавства, як каральний захід» [42, с.59-60]. Як очевидно з вищевказаного, поняттю експропріації надається позитивний відтінок, оскільки таке вилучення власності може бути визнано правомірним і основною метою такого вилучення передбачається виникнення права власності у держави. Автор, а частково погоджується з цією позицією, щодо того, що експропріація – односторонній акт держави, що має примусовий характер. Однак необхідно уточнення в тому аспекті, що ступінь правомірності такого вилучення має бути обґрунтовано яскраво вираженим публічним інтересом (необхідність у такому вилученні з метою суспільного інтересу), а також подальша негайна компенсація.

Більш того, за допомогою поняття експропріація усувається неясність у міжнародних договорах, де експропріація іноземного майна (капіталів, майнових прав) розглядається як ширше поняття, ніж націоналізація. Звісно ж, що націоналізація – нормативно визначений акт державної влади, здійснений у державних та громадських інтересах, за яким майно, що перебуває у приватній чи громадській власності, перетворюється на власність держави за умови виплати справедливої компенсації колишнім власникам. У разі відсутності однієї з ознак подібний державний акт не може називатися націоналізацією, а отже, до нього не можуть застосовуватися принципи та звичаї, що встановилися у міжнародному праві щодо націоналізації. В той же час, хоч поняття націоналізації і передає масштабність дій, що проводяться державою як напрямок державної політики, експропріація іноземної власності – явище, з яким іноземний інвестор стикається набагато частіше і яке не залежить від сектора економіки, як у випадку націоналізації.

Стосовно питання компенсації варто нагадати, що обов'язковою умовою законності експропріації також є виплата належної компенсації. Наявність останньої умови призводить до зменшення теоретичної різниці між правомірною та неправомірною експропріацією, оскільки в обох випадках у держави виникає обов'язок виплатити інвестору компенсацію: у першому випадку – як вимога законності вилучення, а у другому – як міра відповідальності. Що стосується націоналізації, виплата негайної компенсації викликає труднощі. Наприклад, націоналізація, яка спрямована на масштабні соціально-економічні перетворення і коли йдеться про вилучення великої кількості об'єктів із приватної власності, не передбачає негайної компенсації, тому що це здійснити фізично неможливо. Однак для оцінки правомірності проведення націоналізації державою необхідно враховувати такі нюанси:

1) чи була справді проведена націоналізація з метою проведення корінних соціально-економічних перетворень, які призведуть до суттєвого покращення рівня життя громадян та їхнього добробуту?

2) чи було проведено примусове вилучення власності у іноземних громадян, чи націоналізація проводилася лише щодо об'єктів, які належать громадянам-резидентам?

У першому випадку націоналізацію можна визнати правомірною, оскільки такі дії відповідають принципам державного суверенітету як право держави здійснювати внутрішню політику. Однак з погляду питання про націоналізацію об'єктів власності іноземних осіб, слід сказати, що дані дії держави можуть бути розцінені як неправомірні дії та оскаржені в міжнародних судових (арбітражних) органах. Таким чином, говорячи про націоналізацію іноземної власності, негайна компенсація є вирішальним фактором розмежування правомірного примусового вилучення власності від неправомірного. Більше того, на думку автора, необхідно порушити питання про те, чи можуть іноземні інвестори отримувати компенсацію не лише за вилучене майно, а й за незручності, із необхідністю позбавлення свого капіталу.

О.В. Зеньков зазначає, що найбільш універсальним критерієм для відмежування експропріації від суміжних форм примусових вилучень є мета вилучення. Наприклад, норми про експропріацію можуть бути спрямовані на реалізацію містобудівних планів та планів з благоустрою територій, створення туристичних та природоохоронних зон, торговельних та логістичних комплексів, будівництво мостів, автомобільних та залізничних, судноплавних каналів, трубопроводів загального користування, електростанцій, благоустрій населених пунктів тощо. У цьому експропріація розрахована на систематичне використання у повсякденному регулюванні соціально-економічних відносин. Це відрізняє її від суміжних інститутів націоналізації та реквізиції. Так, націоналізація, як правило, є значним або широкомасштабним, неперсоналізованим вилученням приватної власності, що зачіпає всі без винятку або окремі галузі/сектори економіки, або вилученням, що здійснюється в рамках проведення соціально-економічних реформ, або вилученням, пов’язаним із встановленням державної власності на домінуючі у межах національної економіки чи окремої її галузі суб’єкти господарювання. У цьому націоналізація спрямована на вирішення завдань державного регулювання, має стратегічний характер. Реквізиція, у свою чергу, є надзвичайною мірою, її метою є запобігання або ліквідація надзвичайних ситуацій та їх наслідків. Поза такими обставинами реквізиція не застосовна.

Також О. В. Зеньков формулює поняття експропріації як примусове відшкодувальне вилучення майна приватної особи у суспільних інтересах, що не потребують здійснення націоналізації чи реквізиції, спрямоване на вирішення широкого кола завдань у сфері державного регулювання соціально-економічних відносин та здійснюване відповідно до встановленої законом процедури на підставі рішення уповноваженого таким законом регулюючого органу, а також заходи, еквівалентні такому вилученню» [28]. В цьому випадку, поняття експропріації було широко розкрито і відобразило не лише характеристику такого акта держави, але проведено в самому

понятті відмежування від суміжних явищ, що унеможливлює заміну підміни понять, а також їх ототожнення.

Примусове позбавлення права власності іноземного інвестора на іноземні інвестиції допускається міжнародним правом за умови виплати негайної компенсації, проте постає питання щодо «іноземних інвестицій» та наскільки доцільно розглядати їх у контексті «іноземної власності». Адже цілком очевидно, що, візуально уявивши кола Ейлера та співвіднісши поняття «іноземних інвестицій» та «іноземної власності», ми побачимо, як коло «іноземної власності» поглине коло «іноземних інвестицій», тому розгляд інституту експропріації виключно у контексті позбавлення інвестора права власності на інвестиції не відповідає ні нормативно-правовим актам у сфері міжнародного інвестиційного права, ні судовій практиці, ні доктрині. Для того, щоб адекватно визначити цей інститут і, отже, межі захисту положень про неприпустимість експропріації без компенсації, необхідно розглянути весь спектр дій, який визначається як експропріація або еквівалентні їй заходи.

На наш погляд, під експропріацією слід вважати односторонній акт держави в особі державного органу, що здійснюється з підстав суспільної необхідності, має примусовий характер, полягає у вилученні майна та майнових прав особи приватного права на оплатній чи безоплатній основі із подальшим переходом вилученого майна та майнових прав у державну власність.

Варто зауважити, що автор не надає у визначенні поняття експропріації оцінки щодо правомірності такого діяння, оскільки відповідність дій держави критеріям законності проведеної експропріації не впливає на сутність поняття, зокрема можливості проведення експропріації як на оплатній, так і безоплатній основі. В той же час, у разі відсутності суспільної необхідності при примусовому вилученні, на думку автора, втрачається відмінність експропріації із еквівалентними їй заходами примусового вилучення майна.

1.2. Ретроспективний підхід до розуміння примусового вилучення власності державою-реципієнтом

Питання, що стосуються регулювання та захисту права власності іноземних фізичних та юридичних осіб, міжнародна практика та доктрина завжди відносили до внутрішньої компетенції держав. Нормам міжнародного права відводилася роль додаткового регулятора, що використовуються в контексті прав, гарантованих іноземцям, зокрема, захисту іноземних власників від націоналізації, експропріації та інших форм обмеження прав іноземної власності, у разі колізій з нормами внутрішнього права. Все, що наказує міжнародне право в цьому плані, пише австрійський юрист А. Фердросс, це те, що держава не повинна довільно порушувати приватні права іноземців. Про суверенне право держави приймати рішення щодо власності іноземців та про відповідальність держави за різні позбавлення та обмеження права власності іноземців зазначалося і в роботах Корнеліуса Ван Бінкершока (1673-1743); Франсіско Суареза (1621), Крістіана Вольфа (1679-1754). Згідно з їхньою думкою, суверен повинен перешкодити неправомірним діям своїх осіб по відношенню до іноземців. Інакше кажучи, йшлося про дії, що належать до галузі міжнародного права [153, с. 4].

У міжнародно-правовій доктрині історично обґрунтовується ідея існування в міжнародному праві звичаєвої норми права, що захищає власність іноземних осіб. Відшкодування збитків як обов'язок держави аргументувалося по-різному: з посиланням на принцип *pacta sunt servanda*, доктрини набутих прав, доктрину безпідставного збагачення, принцип справедливості. У XIX та на початку XX ст. норму про обов'язок захисту власності іноземних осіб у міжнародному праві було підтверджено лише на рівні міжнародних зобов'язань між державами. Андіне писав: «здається немислимим, на початку нашого (XX ст.) століття, щоб держава могла без порушення своїх міжнародних зобов'язань зазіхати на власність та майнові права іноземців» [135, с. 214].

Захист іноземного інвестора від недружніх дій передбачався ще у XVIII столітті, коли США вели переговори та погоджували підписання договорів «Про дружбу, торгівлю та пересування». Перший з таких був підписаний з Францією в 1778 році, потім з Нідерландами в 1782 році, Швецією в 1783 році [147, с. 203]. Ці договори були прототипами сучасних ДІД, водночас сфера правовідносин, яка регулювалася, була досить широка. Пізніше, на початку XX ст., у договорах з'явився пункт про вилучення власності. Відповідно до цього була можлива лише законна експропріація, власність повинна розглядатися відповідно до міжнародного права, і що експропріація може накладатися лише з дотриманням процесуальних норм та виплатою справедливої компенсації. У широкому розумінні передбачено, що міжнародне право має перевагу над національними стандартами, і уряд приймаючої держави не може бути виправданий за невиконання своїх міжнародних зобов'язань, спираючись на власне національне законодавство [214, с. 126].

Одним із перших спорів щодо правомірності експропріації був спір між Сполученим Королівством і Королівством двох Сицилій у XIX ст. Це був один із перших значних випадків, коли було порушено питання про концепцію непрямої експропріації. Права британського трейдера на виробництво та продаж сірки було скасовано за наказом сицилійського уряду. 1838 року Великобританія стверджувала, що Сицилія надала монопольне право на продаж сірки торговим представникам із Франції, що було порушенням британських прав із захисту власності відповідно до Торгового договору 1816 року. Раніше не було жодних обмежень на торгівлю сіркою. Через зростання попиту на сірку в Англії та у Франції відбулося різке зростання її виробництва, потім внаслідок надмірного виробництва – ціни помітно знизилися. З метою подолати це та підтримувати стабільність цін французи домовилися про контракти з фіксованою ціною для великої кількості сірки. План підтримали власники багатьох сицилійських шахт, які очікували отримати більш високі закупівельні ціни від їх виробництва.

Сицилійський уряд згодом надав монопольну владу французам. Ця ситуація стривожила британські компанії, і британський уряд заявив, що надання монопольного права французам завдало значної економічної шкоди британським підприємствам, ускладнивши їхнє становище на ринку сірки. Було створено суд для вирішення цієї суперечки, і він ухвалив, що надання сицилійським урядом монопольного права французькому підприємству вплинуло на британські компанії і це виправдовує виплату компенсації британським власникам сірчаних копалень, постачальників сірки та тих, кому було заборонено здійснювати торгівлю своїми товарами. У цьому випадку сицилійському уряду було наказано заплатити компенсацію, незважаючи на те, що уряду не перейшли будь-які фізичні активи від потерпілої сторони через позбавлення британських компаній монополії [178, с. 446].

Слід зазначити, що законодавчого закріплення термін «експропріація» у відсутності, хоча норми, регулюючі порядок і умови примусового відплатного вилучення нерухомого майна чи майнових прав чи його обмеження, зокрема шляхом тимчасового вилучення, у державних чи громадських інтересах, у законодавстві Російської Імперії були. Комплекс зазначених питань регулювався положеннями статей 575—608 частини 1 тома X «Звід Законів Цивільних» Зводу законів Російської Імперії, об’єднаних у правила «Про винагороду за примусове відчуження нерухомого майна, тимчасове зайняття його і встановлення права участі у користуванні права винагороди за понесену шкоди та збитки» [29, с. 26; 39, с.202-212].

О.В. Зеньков у своєму дослідженні констатував, що «інститут експропріації, під яким у цьому конкретному випадку розуміємо примусове вилучення нерухомого майна або обмеження речових прав на таке майно в інтересах держави і суспільства, був досить детально врегульований у цивільному законодавстві Російської Імперії» [29, с. 27].

На початку XX століття в Російській Імперії експропріація носила негативний відтінок, зважаючи на соціально-економічну та політичну

нестабільність у суспільстві. О.М. Квасов у своєму дослідженні вказує, що «одним із найбільш масових та суперечливих методів боротьби стала експропріація, під якою розумілася насильницька конфіскація коштів або майна на революційні потреби. Розглядаючи соціально-політичну боротьбу початку XX століття, складно обійти мовчанням це явище, проте наукове вивчення експропріаторства здійснювалося переважно лише як особливої, збоченої частини революційної та терористичної боротьби. Експропріація трактувалася як необхідна частина процесу переходу до різних форм перерозподілу, що веде до ліквідації соціального антагонізму. Однак конкретизувати і описати початок цього процесу та його форму класики революційної теорії не змогли, що багато в чому стало причиною вульгаризації та спрощення цього явища, зводячи його до звичайного пограбування. Найбільшою мірою цей процес вульгаризації торкнувся анархістських уявлень та організацій. У роботах революційних практиків експропріації розумілися як спосіб поповнення партійних бюджетів, а в умовах розпочатого масового руху – як форма ескалації насильства, розширення соціального конфлікту і перехід до збройної боротьби. Апеляція до революційної, соціальної чи класової справедливості дозволяла включити до числа експропрійованих як державну, так і приватну власність. У той час експропріація була метою розвалу фінансової системи царської влади і в той же час наживи для фінансування революційної діяльності.

Нерідко експропріацію власності у сучасному розумінні «плутали» з діями, які зазвичай кваліфікуються як кримінальний злочин. Так, найбільшу експропріацію першої революції вдалося здійснити Партії соціалістів революціонерів-максималістів. 7 (20) березня 1906 р. двадцять озброєних бойовиків, обеззброєвши банківську охорону, пограбували московський Банк купецького товариства взаємного кредиту, викравши 875 тис. рублів. Насправді у переважній більшості під максималістськими назвами переховувалися частково політизовані групи позапартійних бойовиків» [26].

Також нетиповість у визначенні експропріації можна простежити у тому, що «особливою формою експропріацій було вилучення місцевих податкових зборів у ході нападів на об'єкти адміністративного управління у сільській місцевості. Такі експропріації проводили розпропаговані представники місцевого населення у відповідь на зловживання, несправедливість чи інші ексцеси податкових кампаній. Часто це здійснювалося за мовчазного схвалення селянського суспільства. Тенденції криміналізації революційних експропріацій починають виявлятися з кінця 1906 року. Межа між політично мотивованими та кримінальними грабежами стала гранично тонкою, що створює проблеми і поліцейській статистиці, і сучасним дослідженням» [26]. Таким чином, поняття «експропріація» на початку XX ст. ототожнювалося з пограбуваннями, які мають явно виражений незаконний характер та корелюються з терористичними діями. Можливо, це є однією з причин, чому сьогодні частіше використовуються інші поняття для вираження примусового вилучення власності.

М. В. Венеціанов давав наступне визначення інституту, що розглядається: «Експропріація є правом державної влади примусово відчужувати нерухомості та нерозривно пов'язані з ними інші майнові права, а також встановлювати сервітути, оскільки це буде необхідно для здійснення загальнокорисних заходів, зі сплатою повної винагороди за відчужувані права» [30, с. 28; 26].

Полемізуючи з сучасними йому авторами, М. В. Венеціанов наполягав на тому, що експропріація є самобутнім інститутом цивільного права, що покликаний регулювати особливі відносини, що виникають між державою і власником. М. В. Венеціанов наголошував: «Інститут експропріації поряд з іншими юридичними нормами (напр., із законними обмеженнями права власності) служить примирителем інтересів приватної особи та суспільства, балансом, за допомогою якого зберігається рівновага між самостійністю приватної особи та добробутом цілого суспільства. Ця рівновага вкрай нестійка, і найменше відхилення в той чи інший бік дає місце або сваволю

приватної особи на шкоду інтересам суспільства, або нехтуванню інтересами приватних осіб. Для дотримання цієї рівноваги інститут експропріації має особливі, властиві тільки йому засоби» [26].

Відмежовуючи експропріацію від права держави, що випливає зі стану крайньої необхідності, а також дій влади, спрямованих на реформи — встановлення нового законного порядку, М. В. Венеціанов зазначав: «Експропріація є не винятковим явищем, а загальним правилом, не окремим фактом, а юридичним інститутом; вона не є вторгненням у сферу майнових прав приватної особи, що суперечить ідеї цих прав; ці права існують лише в тих межах, в яких вони не зачіпають істотних інтересів суспільства» [26]. У цьому погляди М. В. Венеціанова істотно відрізнялися від позиції, наприклад, А. М. Гуляєва, який вбачав в експропріації інститут надзвичайний і винятковий, що ніяк не укладається у визначення права власності [30, с. 28; 23, с. 161].

На відміну від М. В. Венеціанова, що відносив до об’єкта експропріації лише нерухоме майно та права на нього, К. Н. Анненков, аналізуючи норми законодавства Російської Імперії, приходить до висновку, що під поняття експропріації як примусового вилучення відшкодування майна у суспільних інтересах лише згадані норми «Зводу Законів Громадянських» про вилучення нерухомості, а й положення законодавства, що регулюють вилучення рухомого майна. Як приклади експропріації рухомого майна К. Н. Анненков, зокрема, наводить відібрання та знищення рогатої худоби в рамках боротьби з епізоотіями, постачання армії за допомогою реквізиції, тобто «зневажливого придбання предметів задоволення від мешканців за відому винагороду» [30, с. 28].

Зазначимо, що у дореволюційному законодавстві під реквізицією розумівся «винятковий спосіб задоволення потреб військ, коли інші, нормальні способи непридатні або виявляться безуспішними», що передбачав виплату власнику майна відшкодування [30, с. 28; 15, с. 525]. Головну причину, що зумовлювала об’єднання всіх примусових відплатних

форм вилучення в одне універсальне поняття «експропріація», К. Н. Анненков бачив у тому, що вони продиктовані громадськими інтересами [30, с. 28].

К. П. Побєдоносцев розглядав експропріацію у вузькому та широкому значенні. У першому випадку під експропріацією розумілися вилучення, зумовлені користю суспільству, яка досягається здійсненням робіт, будівництвом споруд тощо; у другому — зокрема, вилучення, продиктовані вирішенням питань, «істотних для цілості та безпеки суспільної», коли «все визначається становищем суспільства в цю хвилину, особливим, винятковим», наприклад, «примусові позики, заходи, що вживаються з нагоди голоду» [30, с. 28; 46, с. 386-387]. Аналогічної точки зору дотримувався також П. І. Числов, поширюючи поняття експропріація, наприклад, на вилучення хліба у населення у разі голоду, постачання військ кіньми [30, с. 28; 79, с. 44].

Широко розумів експропріацію і Г. Ф. Шершеневич, ємно визначаючи її як «примусове вилучення на платній основі або обмеження прав, яке виробляється державною владою через загальнокорисну мету» [30, с. 28].

Н. П. Шалфєєв, досліджуючи питання правового регулювання експропріації на прикладі законодавства іноземних держав, визначав експропріацію як «примусову дію держави, спрямовану на придбання для загальної користі приватних майнових прав або їх обмеження, за повну та попередню винагороду» [30, с. 28; 80, с. 4].

Н. П. Шалфєєв виділяв такі основні характеристики експропріації:

– примусовий характер: «експропріація є примусовою дією; тому, якщо приватна особа добровільно поступається на користь державного або громадського підприємства майном, що належить йому, то про експропріацію не може бути й мови»;

– мета – суспільний інтерес: «допускається лише у крайніх випадках, саме на вимогу суспільного інтересу, загальної користі, загального блага», а також «заради державних інтересів»;

– об’єкт – будь-яке майно, право власності та інші речові права на нього: «будь-яке приватне право, здатне до переходу від одного суб’єкта до іншого, може стати предметом експропріації; ...будь-яке приватне майно може стати предметом експропріації, навіть і таке, відчуження якого власнику не надано, напр. маєток ленний чи майоратний»;

– суб’єкт: «експропріантом буде сама держава, в особі тих чи інших урядових органів», при цьому зазначається, що «уряд може надавати компаніям та приватним особам виконання державних та громадських підприємств та виробництво необхідних для цього експропріацій»;

– відплатний характер: «експропріація проводиться за повну винагороду.., тобто коли власнику, замість відчужуваного майна, буде надано такий еквівалент, від якого він отримає можливість отримувати вигоди, що дорівнюють тим, що давало майно, що відчужується» [30, с. 29; 80, с. 4-10].

Значно ширше поняття «експропріація» тлумачив Ю. С. Гамбаров, який вбачав у експропріації універсальний інститут, єдиною визначальною ознакою якого є «насильницьке відчуження права, яке вживається у вигляді якогось спільного інтересу». Об’єктом експропріації, на його думку, могло виступати будь-яке суб’єктивне право, чи то право власності, чи інше речове чи зобов’язальне право. Крім того, у такому відчуженні права Ю. С. Гамбаров бачив експропріацію незалежно від того, «передається чи поступається право окремій особі чи державі» [30, с. 29; 80, с. 88]. А.М. Гуляєв, обґрунтовуючи». Обґрунтовуючи необхідність об’єднання всього спектра заходів, пов’язаних із примусовим вилученням приватної власності, у понятті «експропріація», А.М. Гуляєв зазначав: «Поєднання окремих видів експропріації в одне загальне поняття важливе тому, що воно виставляє загальне становище, за яким неминуче у всіх випадках експропріації зіткнення між існуючим юридичним порядком, з його системою набутих прав та новими потребами економічного та соціального життя, які мають вирішуватися державною владою, коли шлях угод та договорів не може призвести до бажаної мети [30, с. 29; 23, с. 89].

В. І. Синайський наголошував, що встановлений особливий порядок вимагає доведеності загальнокорисності заходу, заради якого проводиться експропріація, тобто наявності причинно-наслідкового зв'язку між суспільним благом та необхідним для його досягнення примусовим вилученням майна [30, с. 29; 57, с. 244]. Необхідно наголосити, що дореволюційними авторами виділялося лише дві примусові підстави припинення права власності: експропріація та конфіскація, між якими проводилося чітке розмежування [30, с. 29]. Зокрема, В. І. Синайський вказував на те, що «конфіскація має на меті покарання особи і тому природно, що нерухомість відбирається від винної особи безоплатно» [30, с. 29; 64, с. 244]. Крім того, як зазначав Н. Л. Дювернуа, конфіскація є «способом припинення власності, що за своєю властивістю саме спрямований на цю мету, на шкоду, на втрату для того, чиє майно конфіскується» [30, с. 29; 26, с. 253], тобто конфіскація має каральний характер, на відміну від експропріації, яка, за справедливим твердженням А. М. Гуляєва, не є метою, а виступає засобом досягнення загального блага [30, с. 29; 23, с. 162].

Необхідно також коротко відмежувати інститут експропріації від іншого відомого дореволюційного права інституту примусового вилучення приватної власності — секвестру. Під секвестром у законодавстві Російської Імперії аналізованого періоду розумілося тимчасове вилучення нерухомого майна в управління та користування держави, а також арешт рухомого майна, що застосовувалися для забезпечення зобов'язань боржника перед скарбницею та третіми особами [30, с. 29; 45, с. 200-201]. З іншого боку, у період 1914—1917 рр. законодавчо встановлювалася можливість секвестру майна, «коли шляхом розпорядження майном або доходами з нього власник здійснював злочинні цілі або коли його «недогляд» з управління майном тягли за собою «небезпечні для громадського порядку наслідки» [30, с. 29]. Іншими словами, секвестр мав іншу правову природу, що полягала у реакції держави на неналежну поведінку власника, і не носив оплатного характеру,

що є визначальною характеристикою експропріації. У цілому нині аналіз праць дореволюційних учених-цивілістів дозволяє стверджувати, що проблематика експропріації становила значний інтерес і піддавалася досить глибокому теоретичному осмисленню. Інтерес до розробки цієї тематики М.В. Венеціанов, зокрема, пов'язував з розвитком ідей законності, протиставляючи сучасну йому епоху попереднім історичним етапам, на яких «експропріація замінювалась свавіллям адміністративних органів чи сингулярною постановою державної влади» [29, с. 29; 26].

А.В. Зеньков виділяє основні елементи змісту інституту експропріації в дореволюційній правовій доктрині, які знайшли своє підтвердження в законодавстві Російської Імперії та працях вчених-юристів того часу. Таким чином, у дореволюційній правовій доктрині під експропріацією розумілося примусове відплатне вилучення майна, що належить приватній особі на праві власності або іншому речовому праві, та/або прав на таке майно, а також встановлення обмежень щодо зазначеного майна та/або прав на нього, яке здійснюється у державних та/або суспільних інтересах на основі рішення органу державної влади у встановленому законом порядку [29, с. 30].

1.3. Види експропріації іноземних інвестицій

За загальним правилом, необхідні чотири основні критерії для визнання експропріації законною. Це наявність суспільного інтересу, дотримання належної правової процедури, відсутність дискримінаційної основи та негайна виплата компенсації. Як відомо, примусове, оплачуване або неоплачуване відчуження власності фізичної/юридичної особи, окремого соціального класу державними органами називається експропріацією. У цьому разі має місце пряма експропріація. Однак держави, намагаючись уникнути виплати компенсації при здійсненні примусового вилучення іноземних інвестицій, вдаються до дій, які за своїми ознаками можуть бути кваліфіковані як непряма (прихована) експропріація іноземних інвестицій.

Під непрямою (прихованою) експропріацією маються на увазі дії держави-реципієнта, спрямовані на вилучення власності іноземного інвестора шляхом створення перешкод для здійснення останнім інвестиційної діяльності, внаслідок яких формальне володіння власністю втрачає своє значення [8, с. 99].

Згідно статті 13 Конституції України [38], статті 322 Цивільного кодексу України, власність зобов'язує. Власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі. Діяльність власника може бути обмежена чи припинена або власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі [78].

Визначити, в якому випадку має місце непряма експропріація, досить складно, оскільки, як зазначено вище, не завжди дії держави, спрямовані на утиск прав іноземного інвестора, варто приймати за приховану експропріацію. Причиною тому, на наш погляд, є відсутність конкретного переліку дій, які можна зарахувати до розряду непрямої експропріації. Як визначити, чи насправді держава має намір експропріювати власність іноземного інвестора, чи це вимушений комплекс заходів, необхідний, наприклад, для захисту навколишнього середовища, або ж протекція національних інвесторів? [2, с. 99] Існують різні точки зору на цю проблему як у видатних теоретиків права, так і у арбітрів (суддів) міжнародних інституційних органів, які відображені у рішеннях з інвестиційних спорів.

Автор допускає можливість проведення аналогії з уявним експериментом Ервіна Шредінгера (відомим як феномен «кота Шредінгера»). Суть експерименту полягає в тому, що якийсь кіт замкнений у сталевій камері разом із пристроєм, захищеним від прямого втручання кота: усередині

лічильника Гейгера знаходиться крихітна кількість радіоактивної речовини, настільки невелика, що протягом години може розпастися лише один атом, але з такою ж ймовірністю може і не розпастись. Якщо ж це станеться, трубка, що зчитує, розряджається і спрацьовує реле, що спускає молот, який розбиває колбочку з синильною кислотою. Якщо на годину надати всю цю систему самій собі, то можна сказати, що кіт буде живий після цього часу, якщо розпаду атома не відбудеться. Перший розпад атома отруїв би кота. Стан радіоактивного атома описується суперпозицією, тобто змішанням двох станів:розпався і не розпався. Отже, кіт живий і мертвий одночасно. Але якщо хтось відкриє кришку (здійснить спостереження), квантовий стан суперпозиції зруйнується, і спостерігач побачить або живого, або мертвого кота.

Непряму експропріацію можна охарактеризувати як явище, яке перебуває в «суперпозиції» стосовно іноземного інвестора та держави-реципієнта. Це пояснюється тим, що досить складно визначити, в якому випадку має місце непряма експропріація, оскільки не завжди дії держави, спрямовані на утиск прав іноземного інвестора, варто приймати за приховану експропріацію. Більш того, немає певного переліку дій, які можна віднести до розряду непрямої експропріації. При розгляді вищевикладеного як сукупності елементів, що характеризують непряму експропріацію, можна припустити, що ситуативність визначення такого явища в кожній конкретній суперечці можна трактувати як «потрібно відкривати скриньку». Причиною є, на наш погляд, недосконаліть правового регулювання. Арбітраж при розгляді спору цієї категорії змушений щоразу «відкривати ящик», що редуктивно позначається на самому процесі доведення/оспорювання обома сторонами наявності/відсутності «явних» ознак «непрямої» експропріації.

Сама суть суперечки про непряму експропріацію полягає в пошуку/приховуванні «лічильника Гейгера» – предмету такої суперечки, що становить квінтесенцію. Проведена паралель може привернути увагу до проблеми встановлення у діях держави-реципієнта форм прихованої

експропріації. Головна відмінність прямої експропріації від непрямої – способи (методи), які використовує держава-реципієнт для примусового вилучення. Однак експропріація – комплекс заходів щодо примусового вилучення власності, і кінцева мета як прямої, так і непрямої експропріації одна. Тому доречно чітко виявляти наявність у діях приймаючої держави «експропріаційних заходів» як бажаного результату з огляду на той факт, що непряма експропріація не є законною та порушує права іноземного інвестора.

Таким чином, переміщуючи суть експерименту Е. Шредінгера в площину юриспруденції, дійдемо до висновку про те, що необхідно знайти джерело самої проблеми: виділити явні ознаки непрямої експропріації, щоб щоразу не «лізти в ту саму скриньку», адже як правильно помічено Мартіном Хайдеггером, – джерело чогось є походження його сутності [76]. У той же час не варто забувати про неприпустимість порушення паритету між умисним незаконним позбавленням права власності іноземного інвестора державою, що приймає, і зловживанням своїми правами з боку іноземного інвестора, адже іноді простіше заявити про дискримінаційні заходи, ніж визнати власні помилки при здійсненні права розпоряджатися своєю власністю.

Аналізуючи як двосторонні інвестиційні договори, так і регіональні угоди про вільну торгівлю, можна дійти висновку, що вони лише містять декларативні положення про експропріацію та відшкодування збитків, завданих внаслідок її застосування. При цьому між арбітражами, як правило, не існує консенсусу щодо того, які дії слід розцінювати як приховану експропріацію.

У 1957-1958 роках Німецьке товариство сприяння захисту іноземних інвестицій під головуванням д-ра Абса та лорда Шоукросса підготувало проект міжнародної конвенції про захист прав приватної власності у зарубіжних країнах. Проект конвенції Абса-Шоукросса містить стандарти звернення, які ґрунтуються на нормах звичаєвого міжнародного права.

Пункт про експропріацію був сформульований у тексті проекту конвенції таким чином: «Жодна із Сторін не повинна вживати жодних заходів проти громадян іншої Сторони, щоб позбавити їх власності прямо чи опосередковано, за винятком випадків, передбачених законом, а також що такі заходи не є дискримінаційними або суперечать зобов'язанням Сторони, а також такі заходи супроводжуються виплатою справедливої та ефективної компенсації» [186, с. 151].

Проект конвенції Абса-Шоукросса включає у собі як пряму експропріацію, так й непряму. Хоча текст чітко розмежовує пряму та непряму експропріацію, не було сформульовано певних правових критеріїв для визначення того, коли і який акт державного регулювання потрапляє до категорії непрямої експропріації.

Гарвардський проект Конвенції про міжнародну відповідальність держав за шкоду, заподіяну іноземцям, 1961 року передбачав пункт, де відображено тлумачення терміна «*непряме вилучення*», проте цей проект конвенції не було прийнято.

Практика вирішення подібних спорів показує, що існує розмежування понять «непряма експропріація» та «заходи, еквівалентні експропріації». Основним усталеним критерієм відмінності вищезгаданих понять вважають: у разі непрямої експропріації – повне позбавлення права власності, у другому випадку – створення штучних перешкод у здійсненні інвестиційної діяльності. Хоча водночас позиції арбітрів щодо тлумачення цих понять нерідко суперечливі, іноді арбітраж у процесі розгляду справи ставить з-поміж них знак рівності. Насправді повний перелік заходів, які можуть бути розцінені як непряма експропріація, назвати не вдасться, оскільки періодично з'являються нові підходи у приховуванні дій, які є експропріаційними.

При тлумаченні поняття «непрямої експропріації» необхідно враховувати глобальну практику вирішення спорів, пов'язану з останньою.

Непряма (прихована) експропріація може здійснюватися різними діями, які призведуть до позбавлення власника титулу. Наприклад, додаткове

оподаткування (скасування податкових та митних пільг). У справі *Rumeli Telekom v. Kazakhstan* до явищ подібного роду була віднесена сукупність таких фактів, як припинення державним інвестиційним комітетом інвестиційної угоди (про надання податкових та інших пільг підприємству, зниження тарифів) та прийняття ряду судових актів про примусовий викуп акцій інвестора у спільному підприємстві [183].

В цілому можна виділити такі види непрямої (непрямої) експропріації:

1) за заходами впливу держави на іноземну власність:

– накладення арешту на банківські рахунки;

– експортно-імпортні обмеження;

– зональні закони (засіб реалізації великих містобудівних та інших проектів, що супроводжується примусовим вилученням майна у певній місцевості. Як приклад, можна виділити справу *Spence International Investments, Holsten, Copher, Berkowitz, Gremillion v. Republic of Costa Rica* [83]);

– посилення законодавства у сфері здійснення інвестиційної діяльності;

– контроль за здійсненням транзакцій по банківському рахунку;

– політика необґрунтованого протекціонізму;

– втручання в управління підприємством з іноземними інвестиціями, примусове відчуження акцій;

– відмова у доступі до місцевої робочої сили та місцевих матеріалів або, навпаки, примус використовувати місцеву робочу силу та місцеві матеріали.

2) за способом наступу експропріації:

– повзуча *(creeping expropriation)*. Арбітраж у справі *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine* визначив повзучу експропріацію як форму непрямої експропріації, яка має темпоральний характер і головною метою якої є повна експропріація власності. Арбітраж, визначаючи характер дій держави,

встановив, що повзуча експропріація – це форма непрямої експропріації з відмінною тимчасовою межею в тому сенсі, що вона інкапсулює ситуацію, при якій ряд дій, що здійснюються державою протягом певного періоду часу, як наслідок, досягає точки екстремуму, у момент якої настає експропріація власності [130];

– наступна *(consequential expropriation)*. У загальному вигляді вона зводиться до нездатності держави, що приймає, створювати належні нормативні та адміністративні рамки для здійснення інвестиційної діяльності, надавати належну підтримку інвесторам [75]. Слід зазначити, що наступна експропріація має місце лише у тому випадку, коли держава взяла на себе зобов'язання щодо вжиття певних законодавчих та адміністративних заходів згідно з двостороннім інвестиційним договором;

– фактична експропріація *(de facto expropriation)* – вилучення майна відбувається у формі політичного тиску іноземного інвестора, коли власник не залишається іншого вибору, окрім як передати титул власності державі. У даному випадку може бути у вигляді скасування податкових пільг, експортно-імпортних обмежень та ін.

Непряма експропріація може знаходити свій вияв у порушенні договірних відносин. Так, у справі *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* [103] позивач (інвестор), *Bear Creek Mining Corporation*, для видобутку руди срібла з родовищ, розташованих у Перу, отримав, поруч із безліччю інших дозвільних вимог, що висуваються іноземному інвестору, «суспільну необхідність», що надана указом Ради міністрів Перу. Через три роки, у 2011 році, Рада міністрів скасувала указ про «суспільну необхідність» проекту з видобутку, внаслідок чого ліцензії позивача на здійснення концесій у провінції Санта-Ана були анульовані. У своєму рішенні арбітраж підтвердив наявність предметної юрисдикції та присудив компенсацію збитків, розцінюючи дії уряду Перу як непряму експропріацію інвестицій.

«Суспільна необхідність» – ключова умова для суб'єкта інвестиційної діяльності, оскільки без неї, приплив іноземних інвестицій неможливий. При

наданні «суспільної необхідності» Рада міністрів Перу має брати до уваги той факт, що при скасуванні такого указу настане порушення інвестиційного договору. Таким чином, щоб уникнути дій, які можуть трактуватися арбітражем як непряма експропріація, можна було не визнавати такий інвестиційний проект «суспільно необхідним» спочатку або навпаки – прийняти за константу на період дії договору.

Таким чином, поняття непрямої (прихованої) експропріації не є усталеним у міжнародному інвестиційному праві. Різними є підходи до її розуміння, не вироблено єдиного підходу до визначення арбітражами ознак непрямої експропріації при розгляді інвестиційних спорів.

Для вирішення цієї проблеми важливо переглянути положення інвестиційних договорів та їхню інтерпретацію арбітражними судами. Було б доцільно, щоб за їх підписання держави передбачали точніше відмежування непрямої експропріації від інших заходів впливу іноземні інвестиції. Це з тим, що непряма експропріація визначена розмито, унаслідок чого можливі різні інтерпретації. Хоча в правовій доктрині і містяться формулювання поняття непрямої експропріації, проте вони не однозначні; така сама ситуація характерна і для арбітражної практики. Причина цього – відсутність єдиного підходу.

Крім того, нині за значної кількості підходів до визначення арбітражем поняття «експропріації», оцінка процедури примусового вилучення щодо законності, зазвичай, відходить другого план. Основним нюансом у разі примусового вилучення власності іноземного інвестора *de facto* виникає питання адекватної компенсації.

Під законністю дій із боку держави-реципієнта інвестицій у міжнародне право коректно називатиме правомірність дій, оскільки охарактеризувати дію (бездіяльність) з погляду законності можна лише рамках національного права.

Правомірною експропріацією прийнято вважати примусове вилучення майна власника, яке було проведене у зв'язку з наявністю суспільної потреби,

відповідно до належної процедури, на недискримінаційній основі та з рівноцінним та справедливим відшкодуванням (компенсацією) на попередній основі.

Як правило, питання «суспільної необхідності» та допустимості експропріації власності є найбільш суб'єктивним із боку держави. Міжнародні інституційні органи щодо вирішення спорів про експропріацію досить неоднозначно визначають наявність тієї самої «суспільної необхідності», яка відіграє важливу роль у визнанні експропріації законною. Громадський інтерес може бути штучно створений державними органами для позбавлення титулу власності іноземного інвестора, що можна визначити як намір (прямий умисел) держави-реципієнта щодо позбавлення власності, не маючи на те належних підстав. Намір про експропріацію не слід ототожнювати з метою експропріації, і це був ключовий момент у справі *Siemens a.g. v. Argentine Republic* [191], що у результаті вплинув результат справи.

Суть спору була через призупинення та подальше розірвання договору про створення системи міграційного контролю та ідентифікації особистості, у зв'язку з чим було завдано шкоди іноземним інвестиціям. Заперечення Аргентини були спрямовані проти врахування ефекту заходів щодо визначення, чи мала місце безпосередньо експропріація. Арбітраж МЦУІС встановив, що у статті 4 (2) ДІД між Німеччиною та Аргентиною згадуються заходи, які «*a sus efectos*» будуть еквівалентні експропріації чи націоналізації. Договір посилається на заходи, які є результатом експропріації, а не на мету держави здійснити експропріацію. Мета експропріації є однією з вимог для визначення того, чи експропріація відповідає умовам Договору, а не визначенню того, чи відбулася експропріація [191].

Більше того, Арбітраж зазначає, що стандарти взаємин між сторонами позначені в ДІД виходячи з назви – сприятливе ставлення до іноземних

інвестицій та метою договору є взаємне заохочення та захист іноземних інвестицій.

Виходячи з цього, слідує висновок, що державні акти, прийняті Аргентиною, були розцінені як експропріаційні. акта, що суперечать положенням інвестиційного договору.У даному випадку Арбітраж визначив, що мали місце дії, які слід розцінювати як непряму експропріацію, а не експропріацію, «передбачену» угодою між сторонами в інвестиційному контракті, а також у ДІД між Німеччиною та Аргентиною.

Поряд з цим варто зауважити, що намір експропріювати не відіграє істотної ролі для вирішення питання про експропріацію, у той час як мета експропріації повинна досліджуватися для вирішення питання про те, чи мала місце експропріація в принципі, або йдеться про звичайні регуляторні заходи.

Таким чином, мета держави з експропріації повинна бути диференційована від мети експропріації, яка є однією з вимог для визначення того, чи експропріація відповідає умовам ДІД, а не для визначення того, чи відбулася експропріація.

Зрештою оцінка того, чи є заходи державного регулювання непрямою експропріацією, має бути процесом, що враховує приватні права іноземних інвесторів, а також суверенні інтереси держави, що приймає. Інвестор має право захищати свої активи, але держава повинна зберігати здатність захищати суспільні інтереси, гарантом яких вона є у межах своїх кордонів.

Видова класифікація непрямої (прихованої) експропріації має дуже суб’єктивний характер, оскільки кожен, хто досліджує цю сферу інвестиційного права, по-різному визначає форму та методи примусового вилучення майна. Однак, спираючись на арбітражну практику вирішення інвестиційних спорів, яка також дуже неоднозначна, можна навести вищезгадані різновиди непрямого вилучення майна. У цілому нині вибір заходів, які стосуються непрямої (прихованої) експропріації, проводиться залежно від сфери здійснення інвестиційної діяльності, отже, їх видова

сукупність може бути вичерпною. А тому державою-реципієнтом можуть бути застосовані нові, відмінні від раніше використаних, заходи непрямого примусового вилучення об’єктів інвестицій.

1.4. Правове регулювання міжнародних багатосторонніх, регіональних та двосторонніх інвестиційних угод.

Міжнародні інвестиційні угоди, незалежно від кількості учасників, переслідують одні й ті самі глобальні мети. По-перше, сприяння притоку іноземних інвестицій, що позначиться на зростанні економіки держави. По-друге, захист прав іноземного інвестора від «недружніх» дій із боку держави-реципієнта. По-третє, регламентація взаємних прав і обов’язків під час здійснення інвестиційної діяльності, і навіть можливості врегулювання спорів, що виникають між сторонами.

Найперші спроби створити універсальне регулювання іноземних інвестицій, яке відображало б інтереси як розвинених держав, так і держав, що розвиваються, відносяться до періоду після Другої світової війни. Гаванська хартія 1948 р., яка була націлена на створення Міжнародної організації торгівлі, включала деякі положення, пов’язані з іноземними інвестиціями. Зокрема, ст. 12 Хартії була присвячена регулюванню іноземних інвестицій. Якби Гаванська Хартія набула чинності, торговельні та інвестиційні зобов’язання співіснували в рамках одного договору. Однак через опір США цього не сталося, і угода ГАТТ-1947, яка замислювалася як домовленість тимчасового характеру, визначила окремий розвиток міжнародного торговельного та інвестиційного права на кілька десятиліть уперед. Слід наголосити, що, коли ми торкаємося такого явища, як іноземні інвестиції, відбувається зіткнення не лише правових, а й часто політико-економічних аспектів. Інвестування капіталів в економіку іноземної держави пов’язане не лише з ризиками неотримання прибутку, але також з іншими несприятливими наслідками, які можуть виходити з особливостей законодавства та правопорядку іноземної держави. У зв’язку з цим важливо

розуміти, як розкривається поняття «іноземні інвестиції», тому що, незважаючи на наявність великої правової бази в рамках норм міжнародних договорів (двосторонніх, регіональних, багатосторонніх) та наявності спеціального національного законодавства у цій галузі, універсальне визначення цього поняття відсутнє, пов'язано це з «різноманіттям форм та видів здійснення іноземних інвестицій, а також їх цілей». Правове регулювання міжнародної інвестиційної діяльності ґрунтується в основному на угодах, які залежно від кількості суб'єктів-учасників умовно поділяють на багатосторонні, регіональні та двосторонні. У цьому аспекті практично немає спірних моментів, крім невеликих розбіжностей. [179, с.419-422].

Правове регулювання міжнародної інвестиційної діяльності має враховувати, що слід розуміти під «іноземними інвестиціями». Говорячи про визначення «іноземних інвестицій» у міжнародних інвестиційних угодах, зазначимо, що у багатосторонніх угодах (Вашингтонська конвенція, Сеульська конвенція) не відображено сенсу цього поняття. У Вашингтонській конвенції поняття інвестицій не міститься, що ускладнює питання про те, що є предметом спору. Конвенцією лише визначено у ст. 25 (1), що «юрисдикція Центру поширюється на будь-який спір, що виникає безпосередньо з інвестицій» [35]. В той же час, у справі *Salini Costruttori C.n.A.. i Italstrade S.p.A. v. Marocco* [184] арбітражем виділено основні елементи, властиві інвестиціям, а саме: внесок капіталу, розвиток економіки держави-реципієнта, тривалість, ризик. Таким чином, арбітражем було здійснено тлумачення положення Вашингтонської конвенції щодо інвестицій. У наступних спорах арбітраж використовував цей прецедент для застосування аналогії. У ст. 12 Сеульської конвенції поняття інвестицій відображено таким чином: «інвестиції, що підпадають під гарантії, включають акціонерну участь, у тому числі середньострокові та довгострокові позики, надані власниками акцій заінтересованому підприємству, або гарантовані ними, а також форми прямих капіталовкладень, які можуть бути визначені Радою Директорів» [70].

Насамперед, з визначення інвестицій у Сеульській конвенції можна зробити висновок, що акцент зроблений на прямих іноземних інвестиціях, проте що саме можна віднести до інвестицій – визначає на свій розсуд Рада директорів МІГА.

Багатосторонні інвестиційні угоди передбачають захист прав іноземних інвесторів досить широко. Наприклад, до прийняття Вашингтонської конвенції, якою був заснований і на підставі якої діє Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД), іноземний інвестор міг звернутися за захистом порушених прав тільки до національного суду держави-реципієнта, оскільки він мав юрисдикцію з таких спорів. Що стосується експропріації власності іноземного інвестора, то усталена практика арбітражу ІКСІД свідчить, що згідно з міжнародним правом держава, що приймає, має право експропріювати іноземну власність у межах своєї території в громадських цілях і за умови виплати швидкої, адекватної та ефективної компенсації. Відповідно до ст. 13. Сеульської конвенції, до експропріації відноситься «будь-яка законодавча дія або адміністративна дія чи бездіяльність, що виходить від уряду, внаслідок якої власник гарантії позбавляється права власності на своє капіталовкладення, контролю над ним або суттєвого доходу від такого капіталовкладення, за винятком загальнозастосовуваних заходів недискримінаційного характеру, які зазвичай приймають представництва з метою регулювання економічної діяльності на своїй території» [63]. Можна резюмувати, що Сеульська конвенція визначає поняття експропріації досить широко, не поділяючи на пряму і непряму. Водночас дуже важливо, що не всі дії держави-реципієнта варто розглядати, згідно з конвенцією, як порушення власності іноземного інвестора. Таким чином, держава, що приймає, має право, як суверен, на примусове вилучення власності на підставі публічного інтересу (суспільної необхідності).

Серед регіональних міжнародних інвестиційних угод варто зазначити Північноамериканську угоду про вільну торгівлю 1994 р. (НАФТА), Рамкову угоду про Асоціацію південно-східних азійських націй 1987 р., Договір до

Європейської Енергетичної Хартії 1994 р., Конвенцію про захист прав інвестора, Угоду про співробітництво у галузі інвестиційної діяльності 1993 р. та ін.

Наприклад, у ст. 6 п. 1. Договору до ЄЕХ 1994 р. інвестиції визначаються як будь-які активи, що належать або контролюються безпосередньо або опосередковано інвестором. Як правило, конкретний перелік інвестицій не уточнюється. Насамперед це пов'язано з тим, що за актив може бути прийнято будь-яке благо, яке має матеріальну цінність. У такому разі, при кожній суперечці доводиться встановлювати, чи є предмет спору інвестицією.

Північноамериканська угода про вільну торгівлю допускає можливість проведення експропріації та у ст. 1110 Угоди прописує порядок здійснення примусового вилучення іноземних інвестицій, детально розписано порядок виплати компенсації також за дії, які можуть бути прирівняні до експропріації, націоналізації. Статтею 13 Договору до Енергетичної Хартії аналогічно передбачено допустимість проведення експропріації.

Слід зазначити, що Договір до Енергетичної Хартії визначає поняття «інвестиція», що означає всі види активів, що знаходяться у власності або контролюються безпосередньо або опосередковано інвестором, і включає:

(a) речову та нематеріальну, а також рухому та нерухому власність та будь-які майнові права, такі як оренда, іпотека, право утримання майна та застав;

(b) компанію або ділове підприємство, акції, вклади або інші форми участі в акціонерному капіталі компанії або ділового підприємства, а також облігації та інші боргові зобов'язання компанії або ділового підприємства;

(c) право вимоги щодо грошових коштів та право вимоги виконання зобов'язань за контрактом, що має економічну цінність та пов'язаний з інвестиціями;

(d) інтелектуальну власність;

(e) доходи;

(f) будь-яке право, надане згідно із законом або за контрактом або в силу будь-яких ліцензій та дозволів, виданих згідно із законом, здійснювати будь-яку господарську діяльність в енергетичному секторі [128].

Конвенція про захист прав інвесторів 1997 р., яка також ратифікована Україною, визначає поняття «інвестиції» як вкладені інвестором фінансові та матеріальні кошти у різні об'єкти діяльності, а також передані права на майнову та інтелектуальну власність з метою одержання прибутку (доходу) чи досягнення соціального ефекту, якщо їх не вилучено з обігу або не обмежено в обігу відповідно до національного законодавства Сторін [36]. У статті 9 Конвенції поняття «експропріації» не вживається, проте замість нього застосовується поняття «націоналізації» та «реквізиції». Сформульовано статтю так:

• «інвестиції не підлягають націоналізації та не можуть бути піддані реквізиції, крім виняткових випадків (стихійних лих, аварій, епідемій, епізоотій та інших обставин, що носять надзвичайний характер), передбачених національним законодавством Сторін, коли ці заходи вживаються у громадських інтересах, передбачених Основним законом (Конституцією) країни-реципієнта. Націоналізація чи реквізиція не можуть бути здійснені без виплати інвестору адекватною компенсації.

• Рішення щодо націоналізації або реквізиції інвестицій приймаються у порядку, встановленому національним законодавством держави-реципієнта.

• Рішення державних органів щодо націоналізації або реквізиції інвестицій можуть бути оскаржені у порядку, встановленому національним законодавством країни-реципієнта.

• Інвестор має право на відшкодування збитків, завданих йому рішеннями та діями (бездіяльністю) державних органів або посадових осіб, які суперечать законодавству країни-реципієнта та нормам міжнародного права» [61].

Угода про співробітництво в галузі інвестиційної діяльності 1993 р. визначає «інвестиції» як «всі види майнових, фінансових, інтелектуальних

цінностей, що вкладаються інвесторами Сторін в об’єкти підприємницької та інших видів діяльності з метою отримання прибутку (доходу), досягнення соціального ефекту» [74].

Таким чином, можна зауважити, що регіональними угодами передбачено які блага, види діяльності та цінності слід відносити до інвестицій, при тому що перелік не є вичерпним. Це говорить нам про те, що в кожному конкретному випадку необхідно виявляти чи є «інвестиції» предметом спору.

Поняття «експропріації» передбачається далеко не всіма нормативними документами, насамперед це викликано тим, що її компенсують інші поняття, як, наприклад, у Конвенції про захист прав інвесторів у 1997 р. Механізм захисту, передбачений кожною угодою, є досить лояльним, Сторони самі уповноважені на вибір застосовуваного права та органу, який розглядатиме спір.

У третій групі міжнародних інвестиційних угод традиційно перебувають двосторонні інвестиційні угоди. До двосторонніх міжнародних угод належать угоди між державами, а також між державою та міжнародною організацією з питань регулювання іноземних інвестицій. Як правило, двосторонніми інвестиційними угодами вважають ДІД (міжнародні договори між двома державами про взаємне заохочення та захист капіталовкладень, що здійснюються на території договірних держав), інвестиційні контракти (як правило, міжнародні приватноправові договори, договори про зовнішньоекономічну діяльність тощо). Група двосторонніх інвестиційних договорів є логічно найбільшою, відповідно відносини між суб’єктами інвестиційної діяльності регулює найбільшим чином.

Слід приділити увагу ДІД як одного з основних джерел міжнародного інвестиційного права. Структурно ДІДи поділяються на три частини: 1) сфера застосування; 2) матеріально-правові стандарти інвестиційного захисту; 3) норми про врегулювання спорів. Сфера застосування ДІД

визначається тимчасовими, територіальними, персональними (інвестор) та предметними (інвестиції) рамками.

Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій від 04.03.1994 р. передбачає визначення терміна «інвестиція», але, як і в більшості ДІД, не надається поняття примусового вилучення власності. У ст. 3 цього ДІД однак передбачається належний порядок експропріації іноземних інвестицій: «1. Інвестиції не будуть експропрійовані або націоналізовані прямо чи непрямо шляхом вжиття заходів, рівнозначних експропріації або націоналізації («експропріація«), за винятком: у разі забезпечення громадських потреб, в недискримінаційний спосіб; з виплатою негайної, адекватної та ефективної компенсації і згідно з належним порядком, встановленим законом та загальними принципами режиму передбаченого статтею II (2). Компенсація буде дорівнювати справедливій ринковій вартості експропрійованої інвестиції безпосередньо перед тим, коли були здійснені дії з експропріації або коли про неї стало відомо залежно від того, що станеться раніше, розраховуватись у вільно використовуваній валюті на основі ринкового обмінного курсу, що переважає на цю годину; виплачуватись без затримки; включати проценти за комерційно мотивованою ставкою, наприклад, LIBOR та відповідний відсоток, починаючи з дати експропріації; бути такою, що повністю реалізується та вільно переказується.

2. Громадянин або компанія будь-якої з Сторін, які заявлятимуть, що всі інвестиції або їх частина були експропрійовані, мають право на терміновий розгляд справи належною судовою або адміністративною владою іншої Сторони з метою визначення, чи мала місце така експропріація, а якщо так, то чи відповідає така експропріація та пов’язана з нею будь-яка компенсація принципам міжнародного права.

3. Громадянам або компаніям будь-якої з Сторін, чиїм інвестиціям нанесено шкоду на території іншої Сторони внаслідок війни або іншого збройного конфлікту, революції, надзвичайного стану, заколоту, громадських

безпорядків або інших подібних подій, надаватиметься такою іншою Стороною режим, не менш сприятливий, ніж той, що нею надається своїм власним громадянам чи компаніям, чи громадянам чи компаніям будь-якої третьої країни, залежно від того, який з режимів є більш сприятливим стосовно будь-яких заходів, які вона вживає у зв'язку з такою шкодою» [24].

Таким чином, у 3 статті ДІД між Україною та США також передбачається порядок експропріації інвестицій зі стандартними обмеженнями (критеріями законності). Статтями 6, 7 регламентовано порядок розгляду спорів між Договірними Сторонами.

В даний час у міжнародному інвестиційному праві як головний регулятор міжнародного ринку інвестицій виступають двосторонні інвестиційні договори, проте все активніше впроваджується спосіб багатостороннього регулювання, тому потрібне посилення аргументації фахівців щодо пріоритету регламентації таких інвестицій на багатосторонньому рівні. Центральне місце серед договірних джерел міжнародного інвестиційного права посідають міжнародні інвестиційні договори. Договори закріплюють та забезпечують зобов'язання сторін і тим самим надають правову дію на міждержавні інвестиційні відносини, встановлюють їх правовий режим та принципи здійснення. Саме в рамках міжнародних інтеграційних об'єднань може бути досягнутий прогрес у врегулюванні іноземних інвестицій на багатосторонньому рівні.

На даний момент більшість міжнародних інвестиційних угод «застарілі» та потребують реформування. 9-11 жовтня 2017 року в Женеві, на 5 сесії Ради з торгівлі та розвитку Комісією з інвестицій, підприємництва та розвитку було порушено питання про реформу режиму міжнародних інвестиційних угод [62]. Країни, які мають намір змінити міжнародні угоди через зміну політичного курсу в галузі інвестицій, пропонуються наступні 10 варіантів заходів для реформування:

а) спільне тлумачення положень договору. Роз'яснює зміст положення договору та звужує обсяг тлумачення на розсуд судів;

b) зміна положень договору. Зміна змісту чинного договору шляхом запровадження нових положень або зміни або видалення існуючих положень;

c) заміна застарілих договорів. Заміна договору першого покоління новим договором;

d) консолідація мережі МІУ (міжнародних інвестиційних угод). Скасування двох або більше двосторонніх інвестиційних угод першого покоління між сторонами та заміна їх новим, плюрилатеральним МІУ;

e) регулювання взаємодії між співіснуючими договорами. Встановлення норм, що визначають, яка із співіснуючих МІУ застосовується у цій ситуації;

f) встановлення зв'язку із глобальними стандартами. Сприяння узгодженості та взаємодії між МІУ та іншими областями міжнародного права та розробки політики;

g) участь у багатосторонній співпраці. Вироблення загального тлумачення чи нових правил серед великої кількості країн у поєднанні з механізмом, який одразу дозволить отримати зміни;

h) відмова від необґрунтованих договорів першого покоління. Реалізація наміру країни не стає учасником укладеного, але ще не ратифікованого договору;

i) припинення чинних договорів першого покоління. Звільняє сторони від своїх зобов'язань за договором;

j) вихід із багатосторонніх договорів. Звільнення учасника, що виходить з договору, від його обов'язкової сили; вихід аналогічний по дії припинення договору, але залишає договір у силі між учасниками, що залишилися, не вийшли з нього» [62].

Вищезазначені варіанти щодо реформування системи міжнародних інвестиційних угод у галузі іноземних інвестицій можуть систематизувати (спростити) інвестиційний сектор економіки в державі. У такий спосіб держава зможе «відсортувати» та вибудувати ієрархію договорів, які

необхідно переглянути, розірвати або внести зміни через глобалізаційні та інтеграційні процеси.

РОЗДІЛ 2. КОЛІЗІЙНІ-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТОРА ВІД ЕКСПРОПРІАЦІЇ

2.1. Екстратериторіальна дія актів держави щодо націоналізації майна

Іноземні інвестиції та їх допуск до національної економіки держави-реципієнта регулюється нормами національного законодавства та нормами міжнародного права. Доктрина міжнародного права визнає право держави на націоналізацію іноземних інвестицій. В рамках діяльності Ради Організації європейського співробітництва і розвитку (ОЕСР) був розроблений проект Конвенції про захист іноземної власності, в якому було визначено суверенне право держави на примусове відчуження сукупності об'єктів іноземного інвестування. У цьому проекті були закріплені стандарт справедливого ставлення, заборона невиправданих і дискримінаційних заходів, компенсація за експропріацію, а також вперше стандарт захисту і безпеки. Хоча проект Конвенції про захист іноземної власності ОЕСР 1967 р. так і не був прийнятий, його положення стали моделлю, яка застосовувалася в багатьох двосторонніх інвестиційних договорах [11, с.114]. Резолюція 1803 (XVII) ГА ООН від 14 грудня 1962 р. «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами» визнала право держави на націоналізацію іноземних інвестицій лише за умови виплати належної компенсації [60]. Однак слід зазначити, що умови проведення націоналізації об'єктів приватної власності встановлюються не приписами міжнародного права, а безпосередньо законодавством держави, яка проводить націоналізацію.

Коли йде мова про націоналізацію, необхідно розуміти, що це акт вилучення приватної власності і передачі її в державну. Риси, властиві такому вилученню, схожі з експропріацією. Найголовніше питання, яке необхідно вирішити іноземному інвестору та державі-реципієнту – дотримання законності і вмотивованості таких дій. Слід виходити з того, що націоналізація – державний акт, який має соціально-економічну спрямованість і проводиться з метою запобігання стагнації економічних

показників сектору, що є об’єктом інвестування, в разі швидкої репатріації іноземних інвестицій. Тому правове регулювання інвестиційної діяльності направлено на дотримання умов, які полягають в здійсненні націоналізації (1) для досягнення суспільно корисної мети (2) на недискримінаційній основі, (3) обов’язкову виплату компенсації і (4) на законних підставах. Національним законодавством держави-реципієнта про здійснення інвестиційної діяльності, як правило, передбачено відшкодування фізичним, юридичним особам-нерезидентам за примусове вилучення їх власності, а також проведення такого вилучення на конкретних умовах, в порядку та визначений термін. Ці закони мають екстратериторіальну дію, тому повинні визнаватися іноземною державою, оскільки майно, яке підлягає націоналізації, може перебувати за межами території держави, що здійснює примусове вилучення (наприклад, майно представництв, філій, відокремлених підрозділів, створених юридичними особами-резидентами в іноземних державах) [6, с.66].

У міжнародному праві акти націоналізації породжують ряд теоретичних і практичних проблем, які проявилися насамперед у двох аспектах: по-перше, акти націоналізації поширюються як на власних громадян, так і на іноземців; по-друге, виникає питання щодо визнання внутрішнього акту держави іншими країнами, на території яких може перебувати націоналізований об’єкт (так звана екстратериторіальна дія закону про націоналізацію). Що стосується екстратериторіальної дії актів про націоналізацію і, особливо, проблеми виплати належної компенсації, то ці питання не знайшли однозначної відповіді ані в доктрині міжнародного публічного, ані міжнародного приватного права. Крім того, судова практика також не містить однозначного підходу до застосування механізму вирішення вищезазначених проблем. У зв’язку з чим, захист права власності іноземного інвестора від ймовірних неправомірних дій з боку держави ускладнюється.

Для дотримання умов законності проведення націоналізації державами повинен дотримуватися принцип взаємності виконання міжнародних зобов'язань, а також уникнення здійснення примусового вилучення іноземних інвестицій. У разі проведення націоналізації необхідне проведення негайної рівноцінної компенсації. Як правило, питання про проведення націоналізації заздалегідь передбачаються в угодах, які укладаються між урядами двох суверенних держав і іменуються двосторонніми міжнародними угодами про захист і заохочення капіталовкладень.

Питання, що стосуються регулювання та захисту права власності іноземних фізичних та юридичних осіб, міжнародна практика і доктрина завжди відносили до внутрішньої компетенції держав. Нормам міжнародного права відводилася роль додаткового регулятора, що використовується в контексті прав, гарантованих іноземцям, зокрема, для захисту іноземних власників від націоналізації, експропріації та інших форм обмеження прав іноземної власності. «Все, що наказує міжнародне право в цьому плані, – пише австрійський юрист А. Фердросс, – це те, що держава не повинна довільно порушувати приватні права іноземців» [6, с.67].

У той же час не слід забувати, що право будь-якої держави на націоналізацію приватної власності, в тому числі і тої, як належить іноземним фізичним і юридичним особам, випливає з такого загальновизнаного принципу міжнародного права, як суверенітет держави.

Умови проведення націоналізації визначаються не міжнародним правом, а внутрішнім правом держави, що здійснює націоналізацію. Класичний західний підхід, що знайшов своє відображення, зокрема, в керівництві з регулювання прямих іноземних інвестицій МБРР, яким визнано право держави на здійснення експропріації та націоналізації будь-якої власності, в тому числі іноземної. У той же час слід дотримуватись таких умов: вилучення майна повинно здійснюватися для досягнення суспільно корисних цілей; на законних підставах, тобто згідно з юридично визначеною і закріпленою в нормативному акті процедурою переходу права власності від

попереднього власника до держави; на недискримінаційній основі; за умови швидкої, адекватної та ефективної компенсації.

Кожна держава в силу свого суверенітету має виключне право на визначення характеру і змісту права власності, встановлення порядку його придбання, переходу або втрати. Здійснення державою акту націоналізації також слід розглядати як одну з форм прояву її суверенітету. Резолюція 626 ГА ООН від 1952 р. «Про право вільної експлуатації природних багатств і ресурсів» [180] затвердила право народів вільно розпоряджатися своїми природними багатствами і ресурсами, а також вільно експлуатувати їх. У цій Резолюції надана пряма рекомендація всім державам-членам ООН утримуватися від будь-якого роду дій, спрямованих на обмеження суверенних прав будь-якої держави щодо її природних багатств. Але, на противагу всьому, Резолюцією 626 не було закріплено положень, що перешкоджають державі здійснювати заходи націоналізації іноземних інвестицій, самостійно визначати умови проведення такої націоналізації.

У Декларації Генеральної Асамблеї ООН від 1974 року «Про встановлення нового міжнародного економічного порядку» [61] також було відзначено, що для охорони власних ресурсів кожна держава має право здійснювати ефективний контроль над ними, включаючи право націоналізації або передачі володіння своїм громадянам, причому це право визначено як наявність повного невід'ємного суверенітету цієї держави. Щодо жодної держави не може бути застосовано економічний, політичний або будь-який інший вид примусу з метою перешкодити вільному і повному здійсненню цього невід'ємного права.

Визнання права власності держави на націоналізоване майно, що переміщується за кордон, є необхідною передумовою здійснення міжнародної торгівлі. Невизнання екстратериторіальної дії акта про націоналізацію підриває міжнародні економічні відносини.

Визнання екстратериторіальної дії нормативно-правових актів про націоналізацію випливає з колізійної прив'язки *lex rei sitae*, яка є ключовою

при визначенні моменту виникнення і переходу права власності на майно. Тому в разі виникнення відповідних спорів суди зобов'язані, за загальним правилом, керуватися законодавством тієї держави, де була проведена націоналізація. Однак навіть у разі повсюдного визнання права власності на вивезене державою за кордон націоналізоване майно, необхідно мати на увазі, що судові органи деяких держав мають іншу думку щодо статусу націоналізованого майна, що перебувало в момент націоналізації на території іншої держави. Суди посилаються при цьому на те, що набуття права власності на майно може визначатися виключно законами держави місця його знаходження [162, с.132].

Як вже було зазначено, в силу застосовуваних в кожній країні колізійних норм моменти виникнення і переходу права власності визначаються за принципом *lex rei sitae*. Звідси випливає, що при розгляді іноземними судами питань, що стосуються націоналізованого майна, підлягають застосуванню закони держави, яка здійснила націоналізацію. З іншого боку, така позиція не є безперечною, зокрема, деякі вчені вважають, що право власності на майно націоналізованого підприємства, що знаходиться за кордоном, має визначатися тільки за законом держави, де таке майно перебуває, а не права держави, яка здійснила націоналізацію.

Якщо право власності на націоналізоване майно, вивезене за кордон, отримало повсюдне визнання, то інше положення склалося в судовій практиці щодо націоналізованого майна, що перебувало в момент націоналізації за кордоном. Суди посилаються при цьому на те, що придбання права власності на майно може визначатися виключно законами країни місця його знаходження. Згідно із колізійною прив'язкою *lex societatis* правовий статус майна націоналізованих підприємств з місцезнаходженням за кордоном повинен встановлюватися на підставі норм законодавства іноземної держави, де знаходиться таке майно, нормами іноземного законодавства також визначається порядок ліквідації юридичних осіб та правові наслідки, що випливають з цього.

Якщо ми звернемо увагу на судову практику США, то побачимо досить неоднозначну позицію у рішенні одного з судів: «Публічний порядок Сполучених Штатів, який використовують в якості перешкоди для дії, – це те, що проголошено Конституцією, а саме, що приватна власність не може бути вилучена без справедливої компенсації. Але відповідь така: наша Конституція, закони і політика не мають екстратериторіальної дії, за винятком наших громадян. Дії іноземної держави, спрямовані на вилучення власності своїх громадян, і особливо своїх корпорацій, тут не є предметом судового розгляду. Такі громадяни повинні звертатися до свого уряду за будь-яким відшкодуванням, на яке вони можуть мати право ... » [209]. Таким чином, деякі суди США звертають увагу на те, що особи-нерезиденти повинні звертатися за компенсацією до судів своєї держави, а не до судів місцезнаходження майна.

Як правило, ні судовою практикою, ні юридичною доктриною країн Західної Європи не заперечується екстратериторіальна дія законів про націоналізацію майна, яке в момент націоналізації знаходилося на території держави, яка здійснила націоналізацію, а потім було вивезено за кордон в порядку ведення зовнішньої торгівлі, в якості експонатів на виставки або іншою метою.

Раймонд Сарро в своїй доповіді на колоквіумі Міжнародної асоціації юристів - демократів в 1957 р. зазначив, що марно безапеляційно заявляти, не беручи до уваги міжнародну реакцію, про нібито загальновизнані положення, в силу яких націоналізація має безумовний екстратериторіальний характер і у держави не виникає обов'язку з відшкодування шкоди, так як в міжнародному праві немає правила, що встановлює обов'язок виплати адекватної компенсації [6, с.67].

Вважаємо, що в другій декаді XXI століття з цим не можна погодитися, так як обов'язок по сплаті адекватної компенсації повинен випливати із загального принципу права власності, який полягає в можливості застосування будь-якої правомочності щодо блага (більш розширено див.

класифікацію Ентоні Оноре [138, с.118]. - І. А.). Особа не може бути примусово позбавлена власності, навіть за наявності суспільної необхідності. Розмір адекватної компенсації повинен вимірюватися в сукупності з такими факторами, як «стан» власності, її призначення, ринкова ціна, що діяла на момент такого вилучення у власника. Відсутність компенсації за примусове вилучення власності можна і слід порівнювати з таким явищем, як «грабіж».

Вирішальне значення для визнання судами принципу екстратериторіальної дії законів про націоналізацію мала тривала боротьба радянської держави, яку воно вело за визнання своїх прав на майно, придбане в силу законів про націоналізацію.

Варто згадати про визнання судами екстратериторіальної дії законів про націоналізацію в СРСР. Першим рішенням, яким було визнано екстратериторіальну дію радянських законів про націоналізацію, було рішення Високого суду Великобританії від 12 травня 1921 р. по справі «А.М. Лютер проти Д. Сегора». Суть цієї справи зводилася до наступного. У серпні 1920 р. народний комісар зовнішньої торгівлі РРФСР продав англійській фірмі «Сегора» партію фанери. До націоналізації фанера була власністю акціонерного товариства «Лютер». Націоналізований товар (фанера) в момент націоналізації знаходився на складі підприємства товариства «Лютер» в Новгороді. Після прибуття фанери до Великобританії колишні власники товариства «Лютер» пред'явили позов фірмі «Сегора» про повернення фанери. Спочатку позов був задоволений, однак при повторному розгляді справи вже після укладення першого торгового договору між РРФСР і Великобританією в 1921 р. англійський суд відхилив позов. Суддя Скретон (Scrutton), зокрема, вказав, що якщо Л. Б. Красін (глава радянської торгової делегації) привіз товари в Англію від імені свого уряду і оголосив, що вони належать уряду, то жоден англійський суд не може перевіряти таку заяву. Як заявив суддя Варингтон (Warrington), суд не може «входити в розгляд питання про дійсність актів, якими право власності на спірні товари було вилучено від позивачів і перенесено на відповідачів». Судді відкинули

аргумент позивача про те, що радянські закони про націоналізацію суперечать принципам справедливості і моралі і тому їх дія не може бути визнана у Великобританії [42, с.109].

Отже, екстратериторіальна дія актів про націоналізацію ґрунтується, в першу чергу, на принципі державного суверенітету. З одного боку, принцип державного суверенітету закріплює політико-правову самостійність держави і дає їй (державі) можливість виняткового верховенства державної влади, в тому числі, і на відчуження власності. З іншого боку, принцип націоналізації сприймається як такий концепт, що порушує священне право приватної власності.

У світовій практиці склалися дві доктрини, які мають діаметрально протилежні точки зору на екстратериторіальну дію законів про націоналізацію, а питання відшкодування збитків цілком і повністю знаходиться в юрисдикції конкретної держави. У зв'язку з цим, залишається актуальним завдання систематизації та уніфікації правил проведення націоналізації як крайній захід регулювання економіки, як на міжнародному, так і на внутрішньодержавному рівні.

2.2. Вибір права. «Парасолькове» застереження. Захисне застереження

Сучасний світ у результаті інтеграційних процесів виходить на новий рівень економічних відносин. Основні нововведення у цьому процесі - розвиток механізмів ведення бізнесу та розширення меж ринку. Розвиток корпоративного управління нашій країні дало можливість підприємцям можливість об’єднуватися і вести комерційну діяльність світовому ринку. Передусім, зважаючи на розвиток міжнародного інвестиційного співробітництва, проблема правового забезпечення захисту майнових прав та інтересів іноземних інвесторів у міжнародному приватному праві набуває важливого значення, оскільки міжнародна торгівля та, в цілому, міжнародні економічні відносини будуються не лише на макрорівні. У зв’язку з чим існує необхідність у правовому регулюванні відносин між суб’єктами

приватного права, які ускладнені іноземним елементом. Можна констатувати, що більшість міжнародних документів з врегулювання міжнародної інвестиційної діяльності виходять із визнання першочерговості саме захисту інвестицій.

Для захисту прав іноземного інвестора край важливим є питання вибору права при врегулюванні договірних відносин, які ускладнені іноземним елементом. Зважаючи на той факт, що у разі врегулювання спору у судовому (арбітражному) порядку насамперед необхідно визначити, яке право підлягає до застосування, особливо у випадку, коли воно не визначено згідно з умовами укладеного договору.

Застосування права, вибраного сторонами правочину, законодавець визначає як один із принципів міжнародного приватного права, а також як колізійну формулу прикріплення. Вибір застосовуваного права у національному законодавстві має назву «автономія волі» *(lex voluntatis)* [40, с.43].

Пунктом 5 частини 1 статті 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що автономія волі – принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин.

Так, Законом України «Про міжнародне приватне право», у ч. 1 ст. 5 зазначено, що у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин.

В той же час, згідно з чинним законодавством України, правовідносини, що ускладнені іноземним елементом, не завжди можуть керуватися принципом автономії волі. Існують виключення. Відповідно до положень частини першої статті 43 Закону України «Про міжнародне приватне право», сторони договору згідно із статтями 5 та 10 цього Закону можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України.

Системний аналіз зазначених положень Закону України «Про міжнародне приватне право» дає підстави для висновку, що право учасників (учасника) правовідносин самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин, можливий тільки у випадках, коли такий вибір прямо передбачений законом або у випадках, коли такий вибір не заборонений законами України.

Отже, автономія волі учасників правовідносин, передбачена Законом України «Про міжнародне приватне право», не є абсолютною та у випадках, прямо передбачених законодавством України, може бути обмежена [49].

Деякі правові системи обмежують право вибору, наприклад, колом держав, з якими договір має фактичний зв'язок (наприклад, відповідно до ст. 25 Закону про міжнародне приватне право Польщі сторони можуть обрати право, з яким зобов'язання «взаємно пов'язане»; згідно зі ст. 1–105 Уніфікованого торговельного кодексу США, можна обрати право тієї держави, з якою «угода має розумний зв'язок») [44, с.220].

Згідно з ч. 1 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» у разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право відповідно до ч. 2 і 3 ст. 32 цього Закону. У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином.

Вперше поняття «найбільш тісного правового зв'язку» було введено Законом про міжнародне приватне право Австрії 1978 р. [27]. Так, поняття «найбільш тісного правового зв'язку» слід тлумачити наступним чином: якщо вибір права сторонами договору не здійснено, то застосовується право, що має найбільш тісний зв'язок із правовідносинами, що виникли з договору. Таке застосовуване право визначається за критерієм місця проживання або місцезнаходження сторони, що є виконавцем за договором, що має істотне значення для змісту договору.

Відповідно до частини 2 статті 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний,

вважається: 1) щодо договору про нерухоме майно – право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, – право держави, де здійснена реєстрація; 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати; 3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Таким чином, цілком логічним є твердження про те, що обране сторонами договору право за принципом «найбільш тісного правового зв'язку» повинно мати певні точки дотику з договором. Це обмеження ґрунтується на традиційному застосуванні доктрин колізійного права, які визначають належне право договору через його тісний зв'язок із договором.

Відповідно до загальноприйнятого міжнародного приватного договірного права довгий час вважалося, що вибір сторонами права може бути недійсним, якщо немає зв'язку між обраним правом і відносинами, з яких виникає спір.

Однак, щоб забезпечити більшу автономію та гнучкість у бізнесі транзакцій, від цього обмежувального підходу традиційної колізії законів зараз відмовилися. Таким чином, сторони договору можуть прямо вибрати систему права, за якою він має регулюватися, навіть до того моменту, коли вони вибирають систему права, яка здається абсолютно не пов'язаною з правочином, що спричиняє спір.

Так, дедалі частіше арбітражна практика схиляється до цієї тенденції, що непов'язана «нейтральна» правова система може бути більш бажаною та раціональнішою. Крім того, це може бути пов'язано з узгодженістю з новими міжнародними нормами. І Міжамериканська конвенція *(Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts adopted in 1994 or the «Mexico Convention»),* і Римська конвенція *(Convention on the law applicable to contractual obligations or the «Rome Convention»),* які визначають

право, що застосовується до міжнародних договорів, не вимагають, щоб операція мала відношення до держави або країни, право якої обрано.

Відповідно до Регламенту «Рим II», сторони можуть заявляти позадоговірні вимоги до права за своїм вибором, якщо обране право не завдає шкоди застосуванню положень *lex loci delicti (закон місця правопорушення/делікту),* від яких не можна відступати угодою.

Виходячи з практики арбітражів ІКСІД можна зробити висновок, що Конвенція ІКСІД також не містить вимоги про розумний зв'язок правочину із правом, обраним сторонами. Але на практиці дуже рідко сторони передають свій спір на розгляд непов'язаного законодавства. Так, стаття 42 Конвенції ІКСІД передбачає, що арбітраж розглядає спір згідно з нормами права відповідно до угоди сторін. Тобто, відсутні будь-які обмеження щодо обрання сторонами права та його обов'язкової прив'язки до правочину.

З іншого боку, той факт, що певні аспекти договірних відносин між державою/іноземним інвестором повинні входити в рамки законодавства держави перебування через обов'язковість відповідного законодавства, заважає припущенню, що сторони державних контрактів можуть обирати право, не пов'язане з їх правовідносинами.

В той же час, більшість взаємовідносин між державою-реципієнтом та іноземним інвестором, особливо у тих випадках, які стосуються вразливих секторів економіки приймаючої держави, таких як природні ресурси, відображають законні національні інтереси приймаючої держави. Тому було б теоретично нереально відокремити ці договори від законодавства приймаючої держави. З іншого боку, корисні копалини та інші природні ресурси традиційно відносять до нерухомості. Таким чином, можна стверджувати, що до нерухомості застосовується лише *lex situs* (закон держави, де знаходиться нерухомість). Вищенаведене також підтверджується у нашому посиланні на Закон України «Про міжнародне приватне право».

Пітер Найг зазначав, що обмеження автономії волі сторін має місце при здійсненні вибору права. Історично колізійні норми повинні посилатися лише

на деякі національні закони. Цей виняток є залишком статичної позиції правового позитивізму про те, що ніщо не є законним, крім того, що дозволяє держава. Прихильники позитивізму стверджували, що волевиявлення договірних сторін, які підкоряються обраному закону, не може і не повинно бути вище позитивного права. Зазвичай, судові органи будь-якої держави не дозволяють сторонам «скласти власний *lex contractus*». Переважає думка, що хоча сторони, звичайно, можуть регулювати будь-які можливі деталі своїх ділових відносин у своєму договорі, але їхній договір не є самодостатньою регуляторною схемою. Таким чином, будь-який договір повинен належати до певної правової системи [168, с.175].

Проте наразі такий обмежений підхід перебуває у процесі змін, оскільки чимала кількість національних законів держав та деяких міжнародних документів почали надавати сторонам міжнародних угод можливість вибирати загальні принципи права та міжнародну комерційну практику. Коли сторони домовилися про його застосування, національні суди можуть застосовувати *lex mercatoria* як регулюючий закон, навіть якщо вони традиційно не дотримуються вибору національного права. Концепція загальних принципів права або транснаціональних правил є предметом жорсткої критики, що робить застосовність таких принципів і норм менш ефективною та сумнівною [132, с.552].

Незважаючи на таку критику, задовго до прийняття Конвенції ІКСІД міжнародні арбітражні суди з інвестиційних спорів визнали загальні принципи права як можливе джерело права, що регулює операцій з іноземними інвестиціями. Конвенція містить положення про те, що «суд вирішує спір відповідно до таких норм права, які можуть бути погоджені сторонами». Таке широке вираження «норм права» тлумачилося як більша автономія сторін, яка не обмежується однією чи кількома національними правовими системами, але також може бути поширена на загальні принципи права або норми міжнародного права.

Використання *lex mercatoria* або будь-яких інших необов'язкових принципів комерційного права, таких як Принципи міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА , звичайно, забезпечить нейтралітет і захистить інтереси іноземних інвесторів від «імперативності» національного законодавства. Проте при укладенні договорів із державою (державними органами) загальні принципи права або *lex mercatoria* вкрай непридатні для вибору як застосовного права. З теоретичної точки зору, *lex mercatoria* не є такою системою, яка може зробити державний контракт обов'язковим через позицію держави-учасниці як суверена. Практично неможливо уявити, щоб держава могла уникнути власних правил публічного порядку, обираючи якісь диспозитивні положення, як Принципи УНІДРУА.

Крім того, обмеженням сторін щодо вибору права є доктрина публічної політики. Загальновизнано, що обраному сторонами праву не буде надано чинності в тій мірі, в якій застосування зазначеного права суперечило б основоположній політиці держави або країни, право якої інакше регулюватиметься.

Основною метою цієї норми є захист виправданих очікувань сторін або запобігання негативних наслідків третьої сторони. Доктрина публічної політики, як одна з ключових концепцій міжнародного приватного права, була прийнята всіма основними правовими системами, а також деякими регіональними та міжнародними конвенціями, що вплинуло на функціонування колізійних норм. У міжнародному приватному праві фундаментальна вимога політики, яка законно обмежує вільний вибір права, може бути виражена у формі публічного порядку або імперативних норм.

Існують значні відмінності між винятком публічної політики щодо аналізу конфліктів і обов'язковим розділенням аналізу конфліктів за правилами. Хоча як публічний порядок, так і імперативні норми (публічне право) застосовуються незалежно від суперечливих угод приватних сторін, це дві різні концепції. Виняток з публічного порядку стосується виключно приватного права і, таким чином, є одним із аспектів аналізу конфліктів.

Навпаки, публічне право, незалежно від того, є воно обов'язковим чи ні, просто виходить за рамки традиційної договірної колізії законів [158, с.255, 265].

Повертаючись до Конвенції ІКСІД, норми якої мають значний вплив на порядок вирішення інвестиційних спорів, її положення надають першорядне значення вибору права сторонами. Таким чином, принцип автономії сторін, який раніше застосовувався лише до приватноправових відносин, формально почав проявлятися у складних і дихотомічних спорах, що переплітає аспекти як публічного, так і приватного права.

Під час розробки Конвенції Світового банку роль міжнародного права вбачалася як у випадку пробілу в національному законодавстві, так і у випадку невідповідності між двома законами.

Так, у справах *Letco v. Liberia* [152] та *SPP v Egypt* [194], арбітраж зробив висновок, що угода сторін щодо застосовного права має невелику цінність, коли йдеться про інвестиційний спір. В обох цих випадках основні інвестиційні угоди містили заяви про те, що вони були укладені «відповідно» певному законодавству держави перебування:

"*…У Концесійній угоді від 12 травня 1970 року, укладеній між урядом Ліберії та LETCO, у першому абзаці зазначено, що Концесійна угода укладена «відповідно до загального підприємницького закону, розділ 15 Ліберійського кодексу законів 1956 року». Схоже, це свідчить про чіткий вибір сторонами Закону Ліберії як закону, що регулює Концесійну угоду. Однак захисник позивача, який вміло й наполегливо викладав свої аргументи протягом усього провадження, на одному етапі припустив, що сторони не вибрали чіткого права (стенограма засідання від 9 грудня 1985 р. на стор. 67). Пізніше він визнав (на стор. 72), що закон Ліберії «ймовірно застосовний…*» [152].

Тому арбітраж був змушений вважати, що таке посилання вказує на вибір сторонами національного законодавства як права, що регулює концесійну угоду.

У справі *SPP v Egypt* арбітраж звернувся до ст. 42(1) Вашингтонської конвенції: *«Трибунал вирішує спір відповідно до таких норм права, які можуть бути погоджені сторонами. За відсутності такої угоди Трибунал застосовує законодавство Договірної Держави-учасниці спору (включаючи свої правила щодо конфлікту законів) та таких норм міжнародного права, які можуть бути застосовні».*

Зважаючи на те, що під час розгляду справи було встановлено: *«…навіть приймаючи думку Відповідача про те, що Сторони неявно погодилися застосовувати єгипетське право, така угода не може повністю виключити пряме застосування міжнародного права в певних ситуаціях. Право ARE (the Arab Republic of Egypt), як і всі муніципальні правові системи, не є повним або вичерпним, і там, де виникають прогалини, не можна сказати, що існує згода щодо застосування норми права, якої, ex hypothesi, не існує. У такому випадку слід сказати, що існує «відсутність згоди», і, отже, вступить у дію друге речення статті 42(1)….»* [194].

Проте, як у справах *Letco v. Liberia*, так і *SPP v Egypt* арбітраж в кінцевому підсумку встановив, що йому не потрібно було вирішувати, чи була якась угода між сторонами щодо застосовного права, і почали посилатися на міжнародне право, щоб доповнити або виправити вибране національне законодавство. У справі *Letco v. Liberia* арбітраж погодився, що роль міжнародного права полягала в тому, щоб «контролювати» або виконувати роль «регулятора» застосовного національного права.

В іншій справі, у справі *Amco v Indonesia* [93], арбітраж заявив, що, незалежно від застосовного національного законодавства, «застосовані норми міжнародного права мають бути дотримані, оскільки рішення ІКСІД має бути визнано, а грошові зобов'язання, накладені таким рішенням, повинні виконуватися кожною Договірною особою.

Таким чином, поширена тенденція щодо рішень ІКСІД свідчить про те, що міжнародне право має відношення до інвестиційних спорів як головне регулююче право навіть у ситуаціях, коли іноземні інвестиції не підпадають

під його дію. Концепція була закладена вперед, щоб підтримати так звану теорію додаткової та коригувальної функції міжнародного права [149]. Відповідно до цієї доктрини вибір сторонами конкретного внутрішнього права може бути виключений, якщо обраний закон суперечить міжнародним правилам або має прогалини, і відповідні норми міжнародного права застосувати замість того, щоб замінити вибір.

Однак прийняття теорії допоміжних і коригуючих впливів на міжнародне право міжнародними арбітражами, крім арбітражу ІКСІД, малоймовірно, насамперед через суперечки, що виникають у зв'язку між міжнародним правом і національним правом держави. У міжнародному контексті дискусія про монізм проти дуалізму міжнародного публічного права не вирішена ані теоретично, ані практично. Таким чином, просто визнаючи, що міжнародне право контролює та перевіряє чинність національного права, не можна вирішити проблему та нав'язати міжнародне право національному праву. З іншої точки зору, застосування міжнародного права там, де його не було внесене до положення про вибір права, передбаченого сторонами, є дуже суперечливим. Відповідно до універсального міжнародного приватного права, невдача згадки в угоді про конкретну правову систему означає негативний вибір права, що фактично виключає його застосування. Таким чином, декілька вчених критикували підхід інвестиційних арбітражів як такий, що порушує заявлену волю сторін [155, с.309].

Отже, за винятком певних обов'язкових правил, від яких не можна вийти, ніщо не має підривати чи змінювати вибір сторонами права, що підлягає до застосування в угоді.

Отже, підсумовуючи вищенаведене, вибір права сторонами, що підлягає застосуванню до їх угоди, є самостійною угодою. Вона може міститися у тому самому документі, що і основна угода, а може бути й у окремому документі. Предмети цих двох угод не збігаються. Одна спрямована на господарську сферу і є основною. Друга, хоч і тісно пов'язана

з першою – визначення застосовного права, суті основної угоди не стосується. Вибір права, що застосовується, повинен бути здійснений сторонами чітко і недвозначно. Альтернативної вказівки на застосовне право не допускається. У цьому випадку сторони визнаються такими, що не здійснили вибір застосовного права.

Звертаючись до законодавства України, ним передбачена можливість сторін здійснити вибір права не лише для договору загалом, а й для окремих його частин, проте попри наявність такої можливості, її практична реалізація не завжди відповідає інтересам самих сторін. Одночасне застосування права різних країн до договору несе чималий ризик виникнення суперечностей у регулюванні відносин сторін через розбіжність різнонаціональних норм права і може призвести до повного або часткового невизнання юридичної сили угоди про вибір застосовного права через наявність непереборних вад змісту. У зв'язку з чим, згода сторін на вибір законодавства за яким будуть врегульовані їх правовідносини має бути явно вираженою.

Задля підвищення привабливості інвестиційного клімату у державі нерідко держава-реципієнт інвестицій йде на поступки в укладенні інвестиційних угод та погоджується надати додаткові гарантії захисту іноземному інвестору. Для правового закріплення таких взаємовідносин укладаються **«umbrella clauses» («парасолькове застереження»).**

Здійснення міжнародної інвестиційної діяльності завжди виявляється у міцному взаємозв'язку суб'єктів такої діяльності. Метою іноземного інвестора є отримання дивідендів, відсоткового доходу, нарощування капіталу з подальшої репатріації; для держави-реципієнта зосередження інвестиційного капіталу забезпечує процвітання та економічна стабільність, оскільки залучення капіталовкладень сприяє нарощуванню товарообігу, вирішує питання зайнятості громадян та впливає на збільшення значення внутрішнього валового продукту.

Міжнародна інвестиційна діяльність, як правило, стимулюється укладанням двосторонніх угод між державами про взаємне заохочення капіталовкладень та захист інвестицій (далі – ДІД).

Положення деяких ДІД встановлюють механізм захисту приватного інвестора від недружніх дій держави-реципієнта через трансформацію цивільно-правової відповідальності за інвестиційним контрактом на міжнародно-правову відповідальність. Приватний інвестор, не будучи стороною такого договору, не має прямих зобов'язань за договором, але як бенефіціар набуває з його норм певних прав та окремих обов'язків щодо приймаючої держави [19, с.75]. Ці положення отримали назву «парасольки» (англ. *«umbrella clause»*. *– I.A.*), оскільки вони ставлять контрактні зобов'язання під парасольковий захист ДІД, додаючи дотримання контрактних зобов'язань до основних (*substantive*) стандартів ДІД. У такому разі порушення контракту стає порушенням ДІД. Хоча можна зустріти й інші формулювання: *"mirror effect", "elevator", "parallel effect", "sanctity of contract", "respect clause"* або *"pacta sunt servanda"*.

Приклад *парасолькового* застереження відображено у п. 2 ст. 8 двостороннього інвестиційного договору (ДІД) між Україною та Німеччиною: «кожна Договірна Сторона дотримуватиметься інших зобов'язань, які вона взяла на себе щодо інвестицій громадян або підприємств іншої Договірної Сторони на своїй території» [69]. Таке застереження запроваджувалося з метою забезпечення додаткового захисту прав іноземних інвесторів, а саме захисту положень ДІД у тому числі приватно-правових інвестиційних контрактів [216]. Фактично, парасолькові застереження стали поширенням загальновизнаного міжнародного принципу *pacta sunt servanda*, в основі якого лежить принцип обов'язковості договорів, на інвестиційні контракти.

Значення такого додаткового механізму захисту полягає в тому, що міжнародний арбітраж, створений відповідно до застереження в ДІД, таким чином матиме юрисдикцію щодо претензій, пов'язаних з порушенням

контракту, оскільки порушення інвестиційного контракту є порушенням парасолькового застереження. Практично це означає, що інвестор може вимагати відшкодування порушення будь-якого інвестиційного контракту між ним та Договірною Державою через міжнародний арбітраж у рамках ДІД.

Деякі вчені визначають парасолькове застереження як одну з міжнародно-правових гарантій прав іноземного інвестора, що міститься в ДІД і покликана забезпечувати будь-які зобов'язання, прийняті державою-реципієнтом іноземного капіталу в рамках ДІД, а не лише його зобов'язання, зазначені у міжнародних інвестиційних контрактах, внаслідок чого іноземному інвестору надається максимальний обсяг гарантій.

Більш просто сенс парасолькового застереження було викладено Р. Дольцером. Він зазначає, що порушення інвестиційного контракту держави-реципієнта з фізичною (юридичною) особою іноземної держави вважається порушенням одночасно двосторонньої угоди між державами (ДІД) [151, с.273].

Ф. Ленчі визначив у своїй статті парасолькове застереження як положення, що міститься в інвестиційній угоді, відповідно до якої Договірні держави взаємно зобов'язуються дотримуватися зобов'язань, прийнятих стосовно іноземного інвестора [151, с.991].

Застосування парасолькового застереження практично спровокувало двояке тлумачення положень ДІД у разі порушення пунктів інвестиційного договору. Так, арбітраж ІКСІД по-різному визначив значення парасолькового застереження у двох різних випадках. До них слід віднести справи *SGS v. Pakistan* та *SGS v. Philippines*. Абсолютно протилежні висновки арбітражу щодо парасолькового застереження, оскільки арбітраж тлумачив останнє як у широкому, так і у вузькому розумінні.

У справі *SGS v. Pakistan* арбітраж ІКСІД послався на неточність формулювання положення ДІД про парасолькове застереження і зробив висновок, що порушення інвестиційного контракту не є порушенням

положень ДІД. Таким чином, у цій інвестиційній суперечці арбітраж не визнав посилання на парасолькове застереження необхідним для ініціації спору іноземним інвестором паралельно, на противагу раніше розпочатому розгляду з ініціативи Пакистану.

Широке тлумачення парасолькового застереження було надано у рішенні арбітражу ІКСІД у справі *SGS v. Philippines*. У цьому випадку арбітраж встановив, що порушення приватно-правового інвестиційного контракту підлягають захисту положеннями ДІД, і розцінив порушення прав іноземного інвестора з боку держави-реципієнта як порушення двостороннього договору між державами.

Таким чином, арбітраж переніс механізм урегулювання спору у площину міжнародного публічного права.

Проте арбітраж вказував і на ширше тлумачення парасолькового застереження. У справі *SGS v. Paraguay* було встановлено, що значення слова «зобов'язання» у парасольковому застереженні чітко охоплює будь-які договірні зобов'язання між іноземним інвестором та державою-реципієнтом. Неоднозначність інтерпретацій парасолькового застереження арбітражами ІКСІД у справах за участю *Société Générale de Surveillance S.A. («SGS»)* породив нестабільність у підходах до застосування цього положення.

У справі *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania* при розгляді в передбачуваних порушеннях договору порушення парасолькового застереження, що відображається у п. 4 ст. 2 ДІД між Румунією та Швецією, більшістю голосів склад арбітражу відкинув цю вимогу, оскільки не було достатньої кількості доказів та юридичних аргументів щодо змісту румунського законодавства для того, щоб арбітраж виявив існування зобов'язання, захищеного парасольковим пунктом. Відповідно, більшість відхилила цю вимогу.

У цій справі арбітри керувалися позицією, висловленою у справі *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, відповідно до якої «будь-які зобов'язання є місткими і означають не тільки зобов'язання певного типу, а й «будь-які»,

тобто всі зобов'язання, пов'язані з інвестиціями інвесторів іншої Договірної Сторони» [163]. Склад арбітражу обґрунтував, що наявність «зобов'язання» має визначатися відповідно до «застосовного права». У цьому випадку було встановлено, що суб'єктивні зобов'язання регулюються національним законодавством Румунії. Це аргументовано арбітрами посиланням на позицію арбітражу у справі *SGS v. Philippines*, в якому встановлено, що парасолькове застереження не перетворює внутрішні заборони на міжнародні зобов'язання. Питання внутрішнього договірного (контрактного) права не мають врегульовуватись правом міжнародних договорів [163].

Таким чином, заявлена позивачем вимога про порушення положень ДІД про парасолькове застереження арбітрами була задоволена, більш того, розширено тлумачення парасолькового застереження, та обґрунтовано суть поняття «зобов'язання» у парасольковому застереженні з урахуванням посилання на ранні прецеденти.

Однак слід звернути увагу на те, що С. Александров, один з арбітрів у цій справі, висловив іншу думку в арбітражному рішенні *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania*, вказавши, що заявникам не потрібно встановлювати, що відповідно до румунського законодавства було законне та чинне зобов'язання. На його думку, було б достатньо показати, що Румунія взяла на себе тверде зобов'язання щодо заявників.

Наявність парасолькового застереження у статті п. 2 ст. 3 ДІД між Іспанією та Коста-Рікою 1997 року дозволило встановити юрисдикцію ІКСІД у розгляді *Supervisión y Control SA v. Republic of Costa Rica*. Арбітраж акцентував на тому, що «кожна Договірна Сторона зобов'язана дотримуватися будь-яких зобов'язань» щодо іншої Договірної Сторони, а також, що захист п. 2 ст. 3 ДІД виходить за рамки простих прямих договірних відносин між інвестором і державою, що приймає, оскільки в цьому положенні встановлюється, що держава виконує зобов'язання, взяті «...по відношенню до інвестицій інвестора іншої Договірної сторони...». Таке трактування досить широке і дозволяє розглядати зобов'язання за

контрактом, укладеним державою-реципієнтом в особі Коста-Ріці з *Riteve* (дочірньою компанією *Supervisión y Control SA,* яка здійснює діяльність за договором концесії для перевірки транспортних засобів та перевірки їх відповідності національним нормативам викидів у Коста-Ріці), як такі, що перебувають під захистом положень ДІД. На цій підставі *Supervisión y Control SA* та *Riteve* повинні розглядатися як єдине ціле у цьому розгляді. В результаті арбітраж ІКСІД має юрисдикцію *ratione materiae* щодо цього спору.

Також слід зазначити, що в цьому рішенні торкнуться критерію тлумачення сфери дії парасолькового застереження на інвестиційну угоду. Його зіставляють із змістом п. 1 ст. 31 Віденської конвенції про право договорів, згідно з яким «договір повинен тлумачитися сумлінно відповідно до звичайного значення, яке слід надати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта та цілей договору» [197]. І хоча арбітраж відхилив усі вимоги позивачів у цій справі, важливо відзначити позицію арбітрів щодо парасолькового застереження. Договірні відносини необов'язково мають бути між державою, що приймає, і інвестором, вони можуть мати непрямий характер, наприклад, через дочірнє підприємство. Іншими словами, арбітраж встановив ступінь зв'язаності між *Supervisión y Control SA ma Riteve*, що дало змогу підтвердити наявність юрисдикції у арбітражу ІКСІД на розгляд цього спору згідно з ДІД. Аналогічно цій позиції як приклад можна навести справу *Enron v. Argentina*, де було встановлено, що прийнятність претензій інвестора відповідно до положень договору безпосередньо залежить від ступеня підконтрольності афілійованого підприємства.

В рішенні про юрисдикцію у справі *A11Y LTD. v. Czech Republic* було встановлено, що у тексті ДІД між Об'єднаним Королівством і Чеською Республікою поєднується *«floor provision»* і *«umbrella clause»* [82]. Суть застереження *"floor provision"* у тому, що за конкретним договором (зобов'язанням) між інвестором і державою-реципієнтом умови захисту прав

та інтересів не повинні бути менш сприятливими, ніж у ДІД. Якщо умови конкретної угоди (або зобов'язання) є менш сприятливими, ніж умови ДІД, застосовуються більш сприятливі положення ДІД. Поєднання обґрунтовується тим, що обсяг п. 3 ст. 2 ДІД обмежує інвесторів, які мають конкретні угоди з державою, що приймає. *"Floor provision"* охоплює лише інвесторів із конкретними угодами, а парасолькове застереження належить до «цих конкретних угод». Саме щодо таких інвесторів п. 3 ст. 3 вимагає від Договірних сторін дотримуватися як положень конкретних угод, так і положень Договору. Арбітраж у своєму рішенні з юрисдикції зазначив, що типове парасолькове застереження, яке міститься в моделі ДІД між Об'єднаним Королівством і Чеською Республікою, говорить: «Кожна Договірна Сторона буде дотримуватися будь-яких зобов'язань, в які вона могла б вступити щодо інвестицій інвестора або інвестора іншої сторони» [113]. «Будь-яке зобов'язання» може стосуватися не лише конкретних договірних зобов'язань, але й зобов'язань ДІД. Договірні держави в ДІД просто викладають, з чого складаються ці зобов'язання, а саме зобов'язання за конкретними угодами, а також зобов'язання щодо ДІД для того, щоб забезпечити прийняття до розгляду інвестиційного спору арбітражем, який ініційований на підставі положень ДІД про парасолькове застереження.

Парасолькове застереження також застосовується у разі, якщо держава-реципієнт в особі органу держави прийняла на себе зобов'язання за інвестиційним договором і є стороною розгляду інвестиційного спору. Наприклад, арбітраж ІКСІД у рішенні у справі *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine* [92] зазначив, що оскільки у договорі про реконструкцію готелю «Дніпро» у м. Києві реципієнтом інвестицій була не держава в особі органу держави, а приватна юридична особа, у такому разі порушення взятих на себе щодо інвесторів-резидентів іншої Договірної Сторони договірних зобов'язань відповідно п. 2 ст. 8 ДІД між Україною та Австрією не існувало. Аналогічна позиція простежується у справі *Bosh v. Ukraine*, в якому арбітраж встановив, що «парасолькове застереження» в ДІД застосовується, коли

держава-реципієнт виступає стороною в інвестиційному договорі і, отже, бере на себе зобов'язання. У разі порушення договірних зобов'язань з боку Університету (сторона у Договорі) виключається відповідальність держави.

Таким чином, можна зробити висновок, що парасолькове застереження є дуже корисним та ефективним інструментом захисту порушених прав суб'єктів інвестиційної діяльності. При його застосуванні у сторони, права якої було порушено, з'являється можливість звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу. Вдаючись до міжнародного арбітражного механізму вирішення спорів, іноземний інвестор отримує можливість уникнути ризиків застосування широких (узурпаційних) законодавчих та адміністративних можливостей держави-реципієнта. Такий крок сприяє транспарентності правового регулювання інвестиційної діяльності щодо визначення юрисдикції арбітражного органу з вирішення спору, а також створює сприятливий інвестиційний клімат.

З іншого боку, існує й низка проблем, з якими стикається іноземний інвестор у разі порушення інвестиційного контракту. Наприклад, тлумачення самого застереження в арбітражних рішеннях, як було проілюстровано вище, є непослідовним. В результаті огляду арбітражної практики про порушення зонтичного застереження можна зробити висновок про те, що необхідно уникати його двозначного трактування, щоб не допустити зловживання ним як з боку іноземного інвестора, так і держави-реципієнта.

Захисне застереження. Стабілізаційні положення зазвичай використовують як контрактні положення в приватних угодах між інвесторами та приймаючими державами, які вирішують питання про зміни законодавства в приймаючій державі протягом здійснення інвестиційної діяльності. Загалом, міжнародне інвестиційне законодавство розрізняє три основні типи сучасної стабілізаційної практики:

1) «застереження про заморожування», які звільняють інвестиції від застосування нових законів, «заморожування» законодавства приймаючої

держави або в повному обсязі, або обмежені певними сферами регулювання (наприклад, фіскальні питання);

2) «застереження про рівновагу», які покривають фінансові втрати, пов'язані зі змінами законодавства;

3) «гібридні положення», які є комбінацією положень про заморожування та економічну рівновагу, забезпечуючи в доповненні один одного як додатковий рівень захисту інвестиційної діяльності на території держави-реципієнта.

Змішані положення залишають сторонам право визначати, чи потрібно досягти економічної рівноваги шляхом звільнення від регуляторних змін або інших форм послаблення несприятливого впливу змін, таких як адаптація контракту або компенсація.

Застереження про заморожування були «класичним підходом» до стабільності контрактів для інвесторів. Вони «заморожують» закон, «який діє» на дату укладення контракту, або визначають, що «закони та укази, які в майбутньому можуть встановлювати вищі ставки чи прогресивніші ставки податку або іншим чином накладати більший ... податковий обов'язок […] не поширюється на Компанію». Застереження про заморожування можуть також охоплювати судові рішення, які згодом вступили в силу [156, с.123]. Деякі форми зобов'язань щодо заморожування передбачають, що контракт застосовується як «*lex specialis* над чинними або наступними законодавчими актами» або лише якщо «сумісний з інвестиційним контрактом». Інші положення можуть «ізолювати договірні відносини від будь-яких істотних негативних наслідків» [156, с.122]. Незважаючи на те, що положення про заморожування, здається, «заморожують» можливість права приймаючої держави регулювати інвестиційний контракт між сторонами і, таким чином, забороняють будь-які несприятливі дії держави, ці положення досі «не гарантують здійснення державою суверенної влади в суспільних інтересах». Однак вони можуть «надати потерпілому право на вищу компенсацію за її порушення, ніж у випадку, якщо таке положення відсутнє» [156, с.126].

Стверджується, що коригування економічної рівноваги та інструменту ведення переговорів могло б підтримувати атмосферу переговорів, якщо в іншому випадку напруженість між регуляторними інтересами приймаючої держави та очікуваннями інвесторів становила б конфлікт і порушення контракту. Ось чому деякі приписують положенням переговорів загальну перевагу «залишення суверенітету держави непорушеним» і «захист інвестора від змін у законодавстві». Інші розглядають ймовірний позитивний вплив положень економічного балансу та положень про повторні переговори більш критично, вказуючи на той факт, що вони залишають невирішену правову ситуацію відкритою і що повторні переговори не можуть запобігти конфліктам, як здається. Переговори та звернення до третьої сторони можуть поставити під сумнів узгоджені юридичні зобов'язання. На думку деяких коментаторів, це скоріше перешкоджає, ніж сприяє стабільності контракту, тим більше, що обсяг стабілізаційних положень часто дуже мало визначений і залишає простір для тлумачення.

Обґрунтуванням стабілізаційних положень є управління ризиками для інвестицій. Стабілізаційні положення здебільшого включаються в контракти, які стосуються капіталомістких проектів, таких як проекти добувної промисловості, інфраструктури або комунальних послуг (наприклад, видобуток корисних копалин, нафта, електроенергія, вода та каналізація, телекомунікації, транспорт), і передбачають концесійні угоди, угоди про розподіл продукції, а також угоди про будівництво та передачу. Ці проекти зазвичай вимагають великих початкових капіталовкладень і з часом стають прибутковими. Великі проекти з більш тривалими періодами відшкодування витрат і отримання прибутку, наприклад інвестиції в інфраструктуру, прагнуть гарантувати, що зміни умов інвестування не зашкодять рівновазі витрат і вигод від інвестицій. Розрахунки передінвестиційних витрат і вигод можуть бути значно викривлені пізнішим екологічним та соціальним законодавством, напр. пов'язані з новими технологічними стандартами або регулюванням виходу на пенсію, зайнятості та охорони здоров'я. Держави

перебування надають стабілізаційні положення, щоб задовольнити інтереси інвесторів і залучити майбутні інвестиції, надаючи високий рівень гарантії. Їх використанню сприяє їхнє включення до типових угод, які встановлюють певний стандарт захисту для конкретних секторів чи галузей, наприклад, Типова угода уряду-господаря Енергетичної хартії (HGA) про транскордонні трубопроводи. Генеральна Асамблея ООН оприлюднила резолюції, в яких підкреслювався суверенітет держав, підкреслювалася необхідність справедливості у частці вигод, солідарності та передачі технологій у міжнародних інвестиційних відносинах [212].

Проф. Мунір Манурізаман зазначає, що незважаючи на те, що положення про заморожування позначено як «застарілі», вони все ще широко використовуються. Деякі досі вважають їх найкращою та найбезпечнішою формою контрактної стабільності. Сьогодні вони зазвичай зустрічаються у своїй досить сучасній формі застережень *lex specialis*, «невідчутності» або «консистентності» [156, с.125]. В той же час, часте звернення до використання положень про заморожування приймаючою державою щодо різних інвесторів з часом може спричинити значну адміністративну складність: до кожної інвестиції застосовується інший закон, створюючи юридичні анклави, за якими адміністрація повинна стежити. Це може бути проблемою для країн, що розвиваються, де адміністрація часто страждає від дефіциту ресурсів та електронного обладнання, проблем управління та пов’язаних з цим труднощів у перевірці та документації. У країнах, що розвиваються, основні стандарти захисту навколишнього середовища або прав людини (наприклад, здоров’я та безпека, норми праці) також можуть бути недостатньо врегульовані. Тоді ситуація значної екологічної чи соціальної шкоди може зберігатися, тим більше, що інвестиційні контракти зазвичай залишаються в силі протягом тривалого періоду часу.

Застереження про заморожування зазвичай не містяться в контрактах з країнами ЄС. Тут переважають положення про обмежену економічну рівновагу, що стосуються конкретних регуляторних ризиків. У контрактах

ЄС їх сфера дії, як правило, обмежується дискримінаційним регулюванням, і вони можуть виключати регулювання безпеки, безпеки та інших суспільних проблем, таких як екологічне або соціальне законодавство. І навпаки, положення про повну економічну рівновагу, що охоплюють будь-яку нормативну зміну, незалежно від її дискримінаційного ефекту або добросовісної мотивації, є переважаючими в контрактах з країнами, що не входять до ЄС, наприклад пов'язані з енергетикою, водою, транспортом, інфраструктурою та добувною промисловістю. Різниця між практикою країн, що розвиваються, і країн ЄС пояснюється припущенням, що в країнах ЄС ризики, пов'язані зі зміною законодавства, нижчі, ніж у країнах, що розвиваються, і тому потребують меншого стабілізаційного захисту [126, с.334].

Стабілізаційні положення у своїх далекосяжних формах гарантують компенсацію за добросовісну державну діяльність, яка заважає інвестиціям. Проте державам необхідно адаптувати своє регулювання, щоб не відставати від потреб і викликів, з якими вони стикаються, включаючи участь у встановленні міжнародних стандартів, а також відповідність або адаптацію до міжнародних стандартів. Особливо це стосується країн, що розвиваються. Як стверджує арбітражний суд у справі *AES v. Hungary,* «[a] правова база за визначенням підлягає змінам, оскільки вона щодня адаптується до нових обставин». Для трибуналу у справі *Feldman v. Mexico* цей аспект є вирішальним для державних справ: «Уряди повинні бути вільні діяти в ширших суспільних інтересах шляхом захисту навколишнього середовища, нових або змінених режимів оподаткування, надання або скасування державних субсидій, зниження або підвищення рівнів тарифів, введення обмежень на зонування тощо. Розумне державне регулювання такого типу неможливо досягти, якщо будь-який бізнес, який постраждав, може вимагати компенсації, і можна з упевненістю сказати, що міжнародне звичаєве право визнає це» [157].

Стабілізаційні положення фактично не заважають урядам здійснювати регулювання; навіть положення про заморожування не виключають здійснення влади приймаючою державою в суспільних інтересах. Навіть якщо уряди порушують зобов'язання щодо заморожування, це не перешкоджає змінам законодавства, а перетворює його на незаконний і спричиняє компенсацію за незаконні дії. Ключовим наслідком стабілізаційних положень є те, що зміни в законодавстві проводяться на платній основі, включаючи регулювання, що захищає соціальні та екологічні проблеми таким чином, щоб бізнес не завдавався необґрунтовано чи непотрібно. Зокрема, що стосується великомасштабних інвестицій (наприклад, інфраструктурні або енергетичні проекти) та звичайної далекосяжної гарантії стабілізації, за якою вони діють, зміни в закон може викликати високі суми компенсацій, які можуть наблизитися до значного бюджетного відсотка в країнах, що розвиваються. Хоча умови економічного балансу залишають більше простору для гнучкості та переговорів і можуть сприяти передовій практиці, вони, тим не менш, передбачають систематичну компенсацію або відновлення рівноваги шляхом адаптації контракту, включаючи зміни для недискримінаційної добросовісної діяльності в інтересах суспільства.

Незалежно від їх фактичного застосування, обсягу чи тлумачення, ці положення встановлюють захищені законом очікування, які можуть призвести до позовів про компенсацію. Громадянське суспільство та науковці висловлювали занепокоєння, що це може спричинити «ефект заморожування від регулювання» [117, с.168], який може зашкодити захисту прав людини та впровадженню екологічних стандартів, а також загалом демотивувати держави прогресувати та співпрацювати з метою досягнення сталого розвитку.

За відсутності даних та досліджень, які проаналізували вплив стабілізаційних положень на практиці з точки зору їх фактичного застосування та відповідної практики врегулювання спорів, важко судити про

ступінь їх впливу на права людини та мотивацію приймаючих держав до регулювання в суспільний інтерес. Взагалі ймовірність негативного впливу на діяльність держав у суспільних інтересах залежатиме від форми та обсягу стабілізаційних застережень (обмеження, винятки, юридичне закріплення тощо).

Проте, це факт сучасного інвестиційного законодавства та арбітражу, який стверджує, що порушення закону, ймовірно, зіткнеться з дорогими арбітражними та компенсаційними претензіями. Презумпція «ефекту регулятивного охолодження» заснована на ефекті дотримання вимог до виконання, що є частиною мети закону та має ефект, який не залежить від фактичного забезпечення прав за контрактом інвестором. Щоб уникнути витрат, держава може вирішити звільнити інвестора від застосування нових законів. Вибіркова реалізація, що ізолює інвестора від сфери застосування, може, однак, викликати напруженість через дискримінацію та неузгодженість на національному рівні та може перешкоджати виконанню екологічних стандартів та захисту прав людини, тим більше, якщо інвестиції важливі та звільнені від цих стандартів протягом тривалого періоду часу. Особливо делікатна ситуація там, де приймаючі країни є бідними країнами, що розвиваються. Вони зазвичай беруть участь у найбільш далекосяжній практиці заморожування або стабілізації рівноваги. Країни, що розвиваються, шукають інвестиції для розвитку, і їм потрібні іноземні інвестиції, зокрема, для інтенсивних інфраструктурних проектів. Через відсутність механізмів контролю, кумівство та нагромадження влади державні чиновники чи їхні родичі можуть отримати прибуток від інвестицій та погодитися на умови, які не дуже стосуються суспільного блага. Закон часто може не відповідати сучасній індустріальній практиці, і/або адміністрація може не мати можливості забезпечити виконання закону. Ось чому з самого початку стандарти країн, що розвиваються, повинні значно розвиватися, щоб відповідати основним міжнародним стандартам. Навіть якщо більшість держав, що розвиваються, зобов’язані дотримуватися документів з прав

людини та міжнародних екологічних стандартів, стан їх впровадження часто є зародковим і вимагає поступового впровадження з часом, щоб стати повністю ефективним. Бідні штати особливо вразливі до високих витрат на компенсацію, які можуть бути викликані прогресивним соціальним та екологічним законодавством. Крім того, через слабкі або відсутні інституції, неіснуючі або неефективні процеси участі, окремі громадяни цих країн ледве мають доступ до засобів правового захисту, коли на них негативно впливають інвестиційні проекти.

Вкрай важливим є розгляд тенденцій судової практики, що стосуються стабілізаційних застережень. Відсутність повідомлень про інвестиційні спори, які передбачають стабілізаційні застереження, створює проблему при спробі визначити тенденції в їх тлумаченні арбітрами. Відомі нам висновки, які стосуються стабілізаційних положень в інвестиційному праві, можна розділити на три основні категорії. Перша категорія, більш численна, стосується ранніх справ, які стосуються питання, чи дійсно стабілізаційні застереження можуть прив'язати суверенну владу до зобов'язання не експропріювати, чи вони становлять особливий захист від свавільних односторонніх дій держави. Друга категорія стосується випадків, коли стабілізаційні застереження були опосередковано посилані в *arguendo* для відхилення позовів проти імовірних регуляторних заходів на підставі того, що в тих випадків не було жодних конкретних зобов'язань щодо стабілізації. Нарешті, третя категорія стосується спорів, де стабілізаційні застереження були безпосередньо під питанням. У всіх випадках дійсність стабілізаційних застережень не була поставлена під сумнів арбітрами. Навпаки, було відзначено, що арбітраж ІКСІД, наприклад, прихильно поставилися до таких положень. Арбітраж у справі *AGIP v. Congo* намагався включити стабілізаційні положення як частину міжнародного права [86], а трибунал у справі *LETCO v. Liberia* зауважив, що такі положення необхідно дотримуватись [152]. У справі *CMS v. Argentina*, арбітраж, зазначивши, що дискусія щодо стабілізаційних положень добре відома в міжнародному праві,

стверджував, що ці положення забезпечують право, на яке можуть належним чином посилатися інвестори [113].

Першу категорію справ, що стосуються стабілізаційних застережень, слід розглянути в контексті націоналізації та експропріації в 1970-х і 1980-х роках. Вони передбачають законність та обов'язковість стабілізаційних положень. Юридичні аргументи крутяться навколо суверенітету приймаючої держави та того, наскільки стабілізаційні застереження «згортають» її суверенну владу.

Арбітражна практика з цього приводу розділилася. Питання так і не були повністю вирішені. У справі *Texaco v. Libya* арбітраж постановив, що стабілізаційні положення обмежують суверенітет приймаючої держави як держави перебування у здійсненні свого суверенітету, зобов'язаної відмовитися від нього. Арбітраж посилався на резолюцію 1803 Генеральної Асамблеї ООН про постійний суверенітет держав над природними ресурсами як на вираження звичаєвого міжнародного права та на принцип *pacta sunt servanda* [198]. На відміну від цього міркування, арбітраж у справі *Liamco v. Libya* підтвердив суверенне право держави на націоналізацію як законне, однак за умови, що вона супроводжується адекватною компенсацією [119, с.75]. У такому ж напрямку йде і арбітражне рішення у справі *Aminoil v. Kuwait*. Арбітраж припустив, що обмеження суверенітету держави було «особливо серйозним заходом», принаймні, на тривалий період часу, і, таким чином, можна було б вважати, лише якщо це прямо передбачено [199]. У справі *LETCO v. Liberia* арбітраж так само постановив, що головною метою стабілізаційних застережень є захист від свавільних дій договірного уряду і не може повністю зашкодити суверенній владі держав [152]. Деякі вчені роблять висновок, що «стабілізаційні положення не є, таким чином, гарантією проти законної націоналізації і, відповідно, законної експропріації. Вони покладають на державу обов'язок діяти сумлінно і породжують обов'язок відшкодувати збитки у разі їх порушення» [156, с.141].

Що стосується результату, то між різними підходами суду до цього питання немає великої різниці. В обох випадках зобов'язання виплатити компенсацію є результатом порушення державами стабілізаційних положень.

У сучасному інвестиційному арбітражі можливість існування позовів з підстав експропріації на основі стабілізаційних застережень буде все більш віддаленою, оскільки стандарти експропріації зараз добре встановлені на міжнародному рівні, зокрема з огляду на все більш поширену мережу міжнародних інвестиційних арбітражів. Тим не менш, застосування приймаючими державами нових змін до законодавства з обігу іноземних інвестицій, на які поширюється стабілізаційне положення, можна розглядати як експропріацію, що передбачає належну компенсацію.

Потенційна юридична цінність стабілізаційних положень щодо арбітражу щодо інвестиційної угоди, що передбачає експропріацію, відображена у справі *Methanex v.United States*. У цьому випадку таке зобов'язання, як стабілізаційне застереження, було пов'язано з поняттям заходу, рівнозначного експропріації [161]. Трибунал у цій справі постановив, що *«недискримінаційний регламент для громадських цілей, який приймається відповідно до належної процедури і, що впливає на іноземного інвестора або інвестиції, не вважаються експропріаційними та підлягають компенсації, якщо регулюючий уряд не взяв на себе особливих зобов'язань, що уряд утримуватиметься від такого регулювання»* [161].

В той же час, дія стабілізаційного застереження діятиме виключно у разі його договірного узгодження, якщо іншого не передбачено законодавством держави-реципієнта. Так, у справі *Parkerings v. Lithuania*, арбітраж спочатку визнав, що очікування інвестора є законними, якщо приймаюча держава дала явну або неявну обіцянку, яка була врахована інвестором під час здійснення інвестицій. Потім трибунал відхилив претензію, яку Литва не задовольнила, стверджуючи, що: *«Це безперечне право та привілей кожної держави здійснювати свою суверенну законодавчу владу. Держава має право прийняти, змінити або скасувати закон на*

власний розсуд. За винятком наявності угоди у формі стабілізаційного застереження чи іншій формі, немає нічого заперечливого щодо змін, внесених до нормативно-правової бази, яка існувала на момент інвестування інвестором. Насправді, будь-який бізнесмен чи інвестор знає, що закони з часом змінюватимуться. Однак забороняється державі діяти несправедливо, необґрунтовано або недобросовісно під час здійснення своєї законодавчої влади» [171].

Таким чином, зміст вище оглянутих справ вказує, що міжнародне забезпечення виконання стабілізаційних положень здебільшого ґрунтується на загальних положеннях міжнародних інвестиційних договорів. Метою таких застережень є екстраполювати договірні зобов'язання, які взяла на себе держава перед іноземними інвесторами, під вже нам відомим «*umbrella clauses*», що містяться в міжнародних інвестиційних угодах, втім можуть мати різноманітні формулювання, більш того, по-різному тлумачаться судовими установами. Тому можна зробити висновок, що не існує єдиного поняття парасолькових застережень, а є кілька основних положень, що застосовуються сторонами при узгоджені включення парасолькових застережень і з більш-менш розширеним читанням їх сфери застосування. Це дуже залежить від формулювання та контексту «*umbrella clauses*», якою мірою його охоплення можна загалом розуміти як піднесення договірних зобов'язань до рівня захисту міжнародного договору. Іншим прикладом ролі стабілізаційних застережень є справа *El Paso v. Argentina*. Трибунал ІКСІД, зіткнувшись із завданням накреслити межі охоплення «*umbrella clauses*», визнав корисним посилання на стабілізаційні положення як ілюстрацію: *«інтерпретована таким чином, umbrella clauses (...) не поширюватиме захист Договору на порушення звичайного комерційного контракту, укладеного державою або державною юридичною особою, але охоплюватиме додатковий захист інвестицій, погоджений державою за контрактом як суверена – наприклад, стабілізаційне застереження – включене в інвестиційну угоду»* [121].

З огляду на судову практику, яка містить стабілізаційні застереження, як зазначено вище, слід зробити висновок, що, незважаючи на недостатність загальнодоступних рішень, які стосуються цього питання, і різні підходи, прийняті арбітрами, у всіх трьох категоріях рішень їх дійсність має завжди неявно або явно визнаватися такою, що породжує, принаймні, право на компенсацію, незалежно від добросовісного характеру зміни законодавства та суспільної мети мотивації зміни. Це може включати стандарти охорони здоров'я та навколишнього середовища, а також аспекти захисту прав людини. Проте варто зазначити, що досі рішення, які безпосередньо стосувалися стабілізаційних положень (третя категорія), стосувалися питань оподаткування та коригування тарифів. Арбітри не стикалися з більш складними справами, які стосувалися стабілізаційних застережень у контексті прав людини чи екологічного регулювання. Тим не менш, рішення трибуналу свідчать про те, що стабілізаційні застереження можуть закріпити положення інвесторів до відсутності гнучкості та нульового ризику. Це змінює характер правовідносин між інвестором і державою.

В той же час, відповідальність приймаючої держави за зрив законних очікувань інвестора має бути частково компенсована недостатньою ретельністю самого інвестора. Так, трибунал у справі *MTD v. Chile* постановив, що встановив, що хоча приймаюча держава несе відповідальність за порушення стандарту справедливого та рівноправного ставлення, інвестор також має нести відповідальність за збитки, спричинені в результаті власної недбалої поведінки. Арбітражним судом наголошено, що «ДІД не є страхуванням від підприємницького ризику» [166].

Враховуючи вищенаведене та з огляду на широкий діапазон міжнародних стандартів захисту інвестицій, є простір для інтерпретаційного підходу, який враховує суспільні інтереси та індивідуальні права у неоднозначних випадках, коли принципи стикаються і жодне чітке правило не визначає однозначне правове регулювання щодо спірного випадку. У зв'язку з чим, існує необхідність у зверненні до стабілізаційних положень.

Стабілізаційне положення містить чітке правило, що зміни в законодавстві заборонені та/або викликають переговори та/або компенсацію.

2.3. Процесуальні особливості вирішення спорів з експропріації майна

2.3.1. Можливість перенесення спору за межі держави-реципієнта. Доктрина forum non conveniens. Доктрина forum shopping (forum non shopping)

Двосторонні інвестиційні договори, відомі як ДІД, — це договори між двома країнами, які включають набір засобів захисту для заохочення інвестицій між двома підписантами. Серед цих засобів захисту, ДІД часто включають арбітражне положення, яке дозволяє державам шукати засіб правового захисту перед Міжнародним центром з урегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД) або іншою міжнародною арбітражною установою. Однак сторони можуть відмовитися від права арбітражного розгляду певних позовів, фактично змінюючи міжнародне врегулювання, визначене ДІД, якщо держава та іноземний інвестор підпишуть приватний контракт, що містить застереження про вибір суду при розгляді інвестиційного спору. Часто ці положення вимагають первинного або виключного вирішення позовів у національних судах держави. Суди ІКСІД постановили, що такі положення можуть усунути можливість трибуналу розглядати частину або весь міжнародний інвестиційний спір, підриваючи мету та ефективність ДІД. Крім того, оскільки іноземні інвестори часто стикаються з упередженнями та іншими недоліками у національних судах держав, цим інвесторам може бути фактично відмовлено у будь-якому правовому засобі захисту порушених прав. У зв’язку з чим існує необхідність дослідити невід’ємну суперечність у дозволі сторонам замінити міжнародний договір за допомогою приватного договору, стратегії, які інвестор може використовувати, щоб уникнути несприятливого положення про вибір форуму розгляду потенційного спору після підписання інвестиційного контракту, а також способи, якими арбітри можуть реагувати на це

протиріччя для забезпечення засобів правового захисту для іноземних інвесторів.

Право на звернення до арбітражу може бути підписано сторонами в приватному договорі. Це відбувається, коли приватний контракт між державою або державним органом та іноземним інвестором містить положення про вибір суду. Зазвичай, місцем вирішення спору вказується національний суд держави-реципієнта інвестицій.

Існує ряд перепон для іноземного інвестора у захисті своїх прав, який може опинитися в невигідному становищі в національному суді іноземної держави через мовний бар'єр, відсутність/ненадійність, складність пошуку місцевих кваліфікованих правників, прості упередження або будь-яку комбінацію цих факторів. В такому випадку, найбільш очевидним рішенням є, звичайно, не підписувати договір, який містить несприятливе положення щодо вибору форуму проведення розгляду спору. В той же час, у випадку настання несприятливої ситуації для інвестора, що полягає у визначенні місцем проведення розгляду спору національного суду – виникає необхідність у пошуку рішення щодо перенесення спору за межі держави-реципієнта інвестицій [99, с. 72-73].

Залежно від мови угоди між іноземним інвестором та державою, трибунал може інтерпретувати сформульоване застереження про вибір форуму як обмежене або за обсягом угоди (спір може розглядатися у обраному арбітражі частково, за обмеженням конкретних питань виконання угоди), або за юрисдикцією, таким чином виключивши деякі або всі підстави для подання позову з угоди у зручний для інвестора форум. Доктрина *forum non conveniens* може використовуватися для розгляду справи у більш зручному форумі, ніж той, який визначено приватною угодою про вибір форуму. Нарешті, арбітри можуть вирішити проблему, розглядаючи право звертатися за вирішенням спору в арбітражному суді як таке, від якого не можна відмовитися, або запровадивши стандарт, за яким можна визначити обґрунтованість та законність застереження про вибір суду.

Вирішення міжнародного інвестиційного спору за допомогою арбітражу дає багато переваг перед розглядом спору в національних судах. Перший і найбільш очевидний полягає в тому, що арбітраж дає можливість сторонам вирішувати суперечки на нейтральному форумі. Сторонам в арбітражі рекомендується вибирати сторонній форум (тобто не державу походження будь-якої зі сторін) і більшість установ вимагають від своїх арбітрів підписати декларацію про незалежність та неупередженість. Арбітражі, як правило, вирішуються швидше, ніж суперечки в суді — середня тривалість арбітражного розгляду становить двадцять чотири місяці і немає системи оскарження [134, с. 138].

Крім того, сам процес пристосований для задоволення потреб бізнесу. Наприклад, для компаній, які хочуть тримати наукові ноу-хау або стратегічні інтереси поза увагою громадськості, арбітраж є приватним, конфіденційним методом вирішення ділових спорів [176]. Відсутність втручання преси та громадськості дозволяє сторонам зосередитися на суті спору і таким чином зберегти майбутні ділові відносини. Нарешті, арбітражні рішення підлягають виконанню набагато легше, ніж рішення національних судів, як передбачає Нью-Йоркська конвенція, що арбітражне рішення може бути визнане та виконане у національних судах будь-якої із 166 країн, що підписали Конвенцію [34]. Арбітражні рішення ІКСІД є особливо привабливими для інвесторів, оскільки ІКСІД є афілійованим із Групою Світового банку, більш імовірно, що приймаюча держава виконуватиме рішення арбітражу ІКСІД, оскільки недотримання може поставити під загрозу доступ держави до фінансування Світового банку або міжнародного кредиту в цілому.

В той же час, на нашу думку, варто передбачити можливі складнощі із місцем розгляду можливого спору вже на етапі укладення інвестиційного контракту. Складання якісного застереження щодо вибору місця розгляду інвестиційного спору потребує чималої підготовки, тому якісно сформульовані положення контракту створюють передумови для обходу або відмови від несприятливого пункту про вибір форуму. Так, прочитавши

пункт як невиключний або обмежений за своєю сферою. Для того, щоб положення можна було читати як виключне, воно повинно містити певні формулювання, які вказують на те, що форум, зазначений у договорі є єдиним форумом, де має проводитись розгляд спору. Обов'язкове положення щодо вибору форуму повинно містити формулювання, що вказує на винятковість, наприклад «виключний», «лише», «виключний» або «повинен» [109, с. 493]. За меншого консенсусу, деякі суди тлумачили терміни «повинен» та «місце проведення», щоб вказати на обов'язкове положення про вибір форуму. Якщо договір, про який йдеться, містить одну або кілька з цих умов, будь-якій стороні буде важко стверджувати, що пункт про вибір форуму пункт є виключним.

Однак, якщо розробник договору не включив одну з цих умов, положення про вибір форуму замість цього можна читати як «дозвільне». Дозвільне положення про вибір форуму містить такі фрази, як «суд має юрисдикцію» або «сторони надають згоду на місце розгляду справи». На відміну від зазначення суду, до якого має бути подано справу, дозволяюче застереження вказує на згоду сторони щодо юрисдикції або місця розгляду в конкретному суді. Це означає, що положення про вибір форуму, замість того, щоб зобов'язувати, що суд є єдиним місцем, куди може бути подано справу, читається як сторона, яка погоджується підкоритися юрисдикції форуму, що робить його одним дозволеним місцем для розгляду справи. Хоча такі застереження на їх обличчі можуть здаватися, що вони сигналізують про обов'язковість вибору форуму, сторона, якій надано дозвільне застереження, може мати можливість вийти з проблемного форуму в інший форум на свій вибір. Навіть якщо положення про вибір форуму містить виняткове формулювання, що робить його обов'язковим, воно все одно може виявитися обмеженим за своїм обсягом. Суди США постановили, що положення, що посилаються на суперечки, «які виникають із цієї угоди»,обмежені за своїм обсягом і поширюються лише на претензії за контрактом. Однак ретельно сформульовані положення щодо вибору форуму, що містять такі фрази, як

«всі претензії чи причини дії, що стосуються або випливають з цієї угоди» або «будь-який випадок або суперечки, що виникають за цією угодою або у зв'язку з нею», є достатньо широкими за своєю сферою застосування, щоб охопити претензії, які не є договорами, такі як деліктні позови [109, с. 494].

Так, доктрина *forum non conveniens* (доктрина неналежного місця проведення розгляду спору) значною мірою використовується судовими органами англосаксонської правової сім'ї. Суть доктрини полягає в тому, що суд може відмовитися від розгляду справи, якщо вважатиме, що спір було б краще розглядати в іншому місці (принцип наявності адекватного альтернативного місця розгляду спору), незважаючи на те, що існує можливість застосування принципу мінімального зв'язку. Принцип мінімального зв'язку – наявність стійкого і достатнього зв'язку між боржником і державою для того, щоб встановити над боржником юрисдикцію і виконати арбітражне/судове рішення. Застосування доктрини *forum non conveniens* засноване на власному переконанні суду про те, що вирішити спір більш ефективно в аспекті дотримання та захисту інтересів сторін, збереження мети правосуддя буде при перенесенні розгляду такого спору в інше місце.

Forum non conveniens є одним із способів, за допомогою якого сторона може оскаржити здатність суду розглядати справу, навіть якщо договір, підписаний сторонами, містить ексклюзивне положення про вибір форуму.

Згідно зі статтею 3 Конвенції про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 року (далі – Нью-йоркська конвенція), кожна договірна держава визнає арбітражні рішення як обов'язкові і приводить їх виконання згідно з процесуальними нормами тієї території, де подається до визнання і приведення у виконання цих рішень, на умовах, передбачених положеннями Нью-Йоркської конвенції. До визнання і приведення у виконання арбітражних рішень, до яких застосовується ця Конвенція, не повинні застосовуватися суттєво більш обтяжливі умови або

більш високе мито чи збори, ніж ті, які існують для визнання і приведення у виконання внутрішніх арбітражних рішень [34].

Яскравим прикладом перенесення місця виконання арбітражного рішення з посиланням на доктрину *forum non conveniens* можна назвати справу *Monegasque De Reassurances S. A. M. v. NAK Naftogaz of Ukraine* [165], в якій суд з посиланням на принцип *forum non conveniens* відмовився розглядати заяву про приведення у виконання рішення московського арбітражу сумою в $88 мільйонів, за рахунок *NAK Naftogaz of Ukraine* на території США. Використовуючи цю доктрину, *NAK Naftogaz of Ukraine* вказав, що США не є «зручним» місцем виконання арбітражного рішення, оскільки в Україні вже йшли процеси, пов'язані з даною справою.

Monegasque De Reassurances S. A. M вважав, що ця доктрина не повинна застосовуватися у разі вимог про визнання і приведення у виконання арбітражних рішень, оскільки Нью-Йоркською конвенцією встановлено обмежений перелік підстав для відмови. Проте суд зробив висновок про те, що доктрина *forum non conveniens* є процесуальним, а не матеріальним правилом і може бути застосована для припинення провадження. Оскільки ст. 3 Нью-Йоркської конвенції допускає визнання і приведення у виконання рішень міжнародних арбітражів згідно з процесуальними правилами тієї держави, де таке визнання запитується, то можливо і застосування доктрини *forum non conveniens*.

Рішення суду викликало сумніви та було сприйнято неоднозначно з огляду на те, чи може ця доктрина бути визнана процесуальним правилом в контексті ст. 3 Конвенції, якщо вона передбачає визнання та приведення у виконання згідно з внутрішніми процесуальними правилами, а не відмову від такого визнання і приведення у виконання. Також критично було сприйнято відхилення аргументу про обмежений перелік підстав для відмови (ст. 5 Нью-Йоркської конвенції).

Інший приклад застосування доктрини *forum non conveniens* – справа *Figueiredo Ferraz Engenharia de Projeta Ltda v. Republic of Peru Papt Parssa*

Pronap [127]. Суд першої інстанції відмовив у застосуванні доктрини щодо майна Перу. Однак суд апеляційної інстанції застосування доктрини дозволив, оскільки Перу є належним місцем вирішення спору і, в той же час, виконуючи рішення у США, буде завдано шкоди публічному інтересу Перу як держави. Суддя Лінч, який був у складі суду, висловив незгоду з більшістю суддів. На його думку, використання доктрини *forum non conveniens* в якості захисту від примусового виконання «різко підриває зусилля укладачів договорів, спрямовані на підвищення впевненості в надійності та ефективності міжнародного арбітражу», а також доктрина *forum non conveniens* заважає уніфікації стандартів виконання арбітражних рішень.

В цілому, більшість науковців-правників схильні висловлювати позиції, схожі на позицію судді Лінча. Так, фахівці комітету міжнародних комерційних спорів Асоціації адвокатів міста Нью-Йорк вважають, що застосування доктрини *forum non conveniens* суперечить цілі прийняття Нью-Йоркської конвенції і не повинно бути підставою для відмови у визнанні і приведенні у виконання іноземного арбітражного рішення [142].

І все ж більшість судових рішень щодо визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень приймається з ухилом до примусового виконання (*pro-enforcement bias*), визначені умовами Нью-Йоркської конвенції. Наприклад, у справі *MR Energy Ltd v State Property Fund of Ukraine* [200] суд відмовив у застосуванні доктрини *forum non conveniens*, оскільки «тільки суд США може звернути стягнення на комерційну власність іноземної держави, розташовану на території США. Також у справі *Belize Social Development Ltd v Government of Belize* [104] в остаточному рішенні від 2017 р. суд не став відмовляти у видачі виконавчого листа на іноземне арбітражне рішення по посиланню відповідача на доктрину *forum non conveniens*. Суд зробив висновок, що навіть якщо існує інша юрисдикція, виконання рішення в ній повинно бути, скоріше, винятком, ніж правилом. Крім того, можливість виконання арбітражного рішення на території США

забезпечувалася великою кількістю майна Белізу на території США. Суд погодився з думкою судді Лінча у справі *Figueiredo*, оскільки застосування цієї доктрини є штучною підставою відмови, не передбачене Нью-Йоркською конвенцією.

І хоча деякі науковці вважають, що доктрина *forum non conveniens* не є викликом юрисдикції, а радше попереднім визначенням того, що інший форум більше підходить для розгляду справи, вважаємо, що такий механізм вартий уваги, як можливість перенесення спору з-за межі держави-реципієнта, оскільки заявити клопотання із обґрунтуванням посилаючись на доктрину *forum non conveniens,* може мати вдалий ефект для іноземного інвестора з перенесення спору до більш «зручного» місця розгляду справи.

Таким чином, застосування доктрини *forum non conveniens* є важливим процесуальним «важелем», який дозволяє зберегти інтереси сторін спору та сприяє як максимально ефективному розгляду спору, так і приведенню у виконання іноземного арбітражного рішення.

Поряд із доктриною *forum non conveniens,* у сторони спору існує можливість самостійно обрати місце його проведення, спираючись на норми договору чи відсутність будь-якого договірного врегулювання щодо місця проведення розгляду спору.

Доктрина *forum shopping (вибір місця проведення розгляду спору)* – це зовсім не нова концепція. Вона широко розповсюджена в тих країнах, які через свій розмір або організацію судової системи мають численні альтернативи для подання позову. Сполучені Штати, ймовірно, є класичним прикладом судової системи, яка завдяки своєму розміру, структурі та юрисдикційної бази пропонує значні можливості для обміну інформацією між судами штату та федеральними судами, залежно від підстав юрисдикції щодо осіб та питання, що стосуються судового розгляду. Таким чином, суди штатів є «судами загальної юрисдикції», що означає, що вони мають юрисдикцію щодо будь-якого позову, поданого відповідно до федерального закону, а також будь-якого позову, поданого відповідно до законів

відповідних штатів. Федеральні суди Сполучених Штатів, з іншого боку, мають юрисдикцію лише щодо кількох категорій позовів, а також справ, пов'язаних із так званим «різноманіттям громадянства» [150, с. 153-154].

Forum shopping, як відомо в судовому середовищі Сполучених Штатів, а також в інших судових системах з подібною або аналогічною структурою федеральних або провінційних судових округів, можуть приймати одну або декілька з принаймні наступних форм:

По-перше, спір не може ґрунтуватися на договірній конфіденційності, а отже, не ґрунтуватися на будь-якій чіткій згоді щодо вибору суду, вибору права чи будь-якої іншої згоди на юрисдикцію. У такому випадку, де саме позивач починає судовий процес проти відповідача, може бути функцією різних факторів, включаючи:

1) місце знаходження або місце проживання відповідача,

2) місцезнаходження активів відповідача,

3) місце характерної дії основного спору та

4) місцезнаходження предмета спору або нерухомого майна.

Якщо на основі вищезазначених критеріїв може бути прийнято до уваги більше одного форуму, обраний форум може залежати від місцезнаходження відповідача та наявності «мінімальних контактів» або зв'язку з ним, щоб виконати належну процедуру або еквівалентні вимоги, встановлені місцевим законом або судовою практикою. Обґрунтування таких вимог полягає, зокрема, в тому, що відповідач не повинен бути примушений до розгляду справи в обраному позивачем форумі, на який він не має розумних очікувань, виходячи з його мінімальних зв'язків з цим форумом, наприклад, на підставі місця проживання, ведення бізнесу чи інших істотних зв'язків з цим форумом [150, с. 161-162].

Forum shopping може застосовуватися в контексті багатоконтрактних судових спорів, наприклад, коли пункт про вибір форуму з одного контракту стверджується або вважається таким, що застосовується як вибір форуму до іншої пов'язаної угоди. Можливість звернення до *forum shopping* в таких

випадках має принаймні подвійні можливості: вести більше ніж один судовий процес у декількох різних місцях *(lis pendens),* чи замість цього підтримувати один об'єднаний судовий процес, доступний для позивача на основі вибору – застереження в договорі про місце проведення розгляду спору.

Потенційний відповідач, якому загрожує судовий процес в іноземній країні, може активно намагатися «завдати удару першим», відкриваючи провадження за межами цієї країни.

Причини для цього можуть включати отримання уявної «домашньої переваги» у місцевому суді, до якого звертаються, бажання відповідача зберегти своїх постійних місцевих адвокатів, міркування мови тощо. У деяких випадках місцеве цивільне процесуальне законодавство та Конвенція про юрисдикцію 1968 року і виконання рішень у цивільних і комерційних справах (Брюссельська конвенція) і Конвенція 1988 року про юрисдикцію та виконання рішень у цивільних і комерційних справах (Конвенція Лугано) можуть застосовуватися для запобігання паралельного розгляду одних і тих самих справ між тими ж сторони в різних юрисдикціях. З точки зору судової системи, таке провадження є вкрай неефективним, а також створює небезпеку суперечливих рішень.

Загалом, судовий процес може відбуватися з або без договірної конфіденційності між та серед конкуруючих судів або між конкуруючими судами та арбітражними форумами. Тоді виникає питання, яка мотивація може бути для застосування доктрини *forum shopping* в контексті судового розгляду.

Хоча мотивація для застосування доктрини *forum shopping* частково залежить від конкретних доступних варіантів обрання місця проведення розгляду справи, які, у свою чергу, залежать від відносних обмежень *forum shopping* у конкретному випадку, загалом можна виділити певні основні категорії мотивації.

По-перше, сторона, яка ініціює спір, зацікавлена у виборі відповідного місця розгляду справи з точки зору юрисдикції, оскільки слабка або неповна підстава визнання юрисдикції в подальшому цілком може порушити можливість виконання рішення, навіть якщо вона переважає. У таких країнах, як Сполучені Штати з їх паралельними системами державних і федеральних судів і подвійними основами особистої та предметної юрисдикції, може бути не відразу зрозуміло, який суд або суди пропонують найбільш достовірну основу для підтвердження юрисдикції. Якщо існує більше ніж один варіант або коли жоден з цих варіантів не є надійною основою для юрисдикції, може виникнути необхідність зважити сильні та слабкі сторони кожного з них з точки зору юрисдикції. Це особливо має місце у випадку відсутності конфіденційного застереження у договорі або у випадку контрактів, у яких відсутні будь-які або дійсні будь-які положення щодо вибору форуму.

Головною мотивацією *forum shopping* є отримання «домашньої переваги» або, принаймні, сприйняття такої переваги по відношенню до судді та, де можливо, присяжних.

По-третє, ще одна потенційна перевага розгляду справи за місцем перебування позивача випливає з попередньої, а саме пошук місця, в якому процесуальні норми (як письмові, так і неписані) були б добре знайомі позивачу. Це неоднозначне питання закону, мови, культури та звичаїв, і знову ж таки воно може бути першорядною мотивацією, але також і тим, що не обов’язково гарантує позивачу вирішення спору на його користь. Справді, у транснаціональному судочинстві, на відміну від транснаціонального арбітражу, у більшості випадків навіть іноземний відповідач буде зобов’язаний (вимушений) залучати адвоката для захисту прав та законних інтересів, щоб принаймні на рівні юридичного представництва обидві сторони мали рівні процесуальні права.

Це правило не є обов’язковим у міжнародному арбітражі, в якому застосовні правила та закон місцевості зазвичай не вимагають, щоб адвокат

(представник) мав право представляти інтереси клієнта у судах конкретної держави, і в такому випадку представники обох сторін матимуть змогу представляти сторони, хоча не матимуть ліцензію на представництво у судах держави проведення форуму.

Так, розглянемо кілька випадків застосування доктрини *forum shopping* при розгляді спорів у міжнародних комерційних арбітражах.

Сторона може розпочати комерційний арбітраж проти іншої сторони за відсутності будь-яких підстав у контракті та відсутності укладеної угоди про передачу спору на розгляд у арбітраж. Насправді це дві різні перешкоди. Відсутність договору сама по собі не обов'язково є абсолютною перешкодою для успішного встановлення арбітражної юрисдикції щодо потенційного відповідача. Хоча відсутність документа, що закріплює права та обов'язки сторін, може створювати значну перешкоду для підтвердження договірних відносин, існування таких відносин само по собі не є обов'язковою умовою для пред'явлення арбітражного позову, як і для пред'явлення позову в судовому процесі без узгодження договору. Ні Нью-Йоркська конвенція, ні Типовий закон ЮНСІТРАЛ, ні, в цьому випадку, інституційні арбітражні правила, такі як правила Міжнародної торгової палати, не служать перешкодою для встановлення арбітражної юрисдикції щодо позовів, у яких письмова або навіть усна угода не може бути пред'явлена до суду.

Якщо немає жодного договору та не зафіксовано жодної згоди щодо арбітражу, потенційний відповідач може бути залучений до арбітражу за будь-яким із низки арбітражних місць та арбітражних правил за умови підтвердження арбітражним судом його власної юрисдикції. Якщо відповідач без заперечень погоджується на вибір позивачем арбітражного суду та постанови, будь-які сумніви щодо підстави для підтримки арбітражу, включаючи відсутність будь-якого письмового підтвердження існування відповідної арбітражної угоди, у будь-якому випадку розвіються.

Тенденція останнього арбітражного законодавства, що також відображена в ст. 7(1) Типового закону ЮНСІТРАЛ не визначати

«арбітражні» позови як такі, які обов'язково мають договірний характер. Таким чином, згідно зі ст. 7(1), «арбітражна угода» визначається як угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними щодо визначених правовідносин, «контрактних чи ні» [59]. Відповідно, для встановлення арбітражної юрисдикції на основі відносин, які необов'язково закріплені в контракті, і зв'язок яких можна визначити не на підставі конкретної угоди між сторонами, але залежно від місця проживання сторони, місця характерного виконання тощо.

Вищезазначене слід відрізняти від більш поширеного прикладу спору між сторонами, які не мають договірної конфіденційності, але засновані на відносинах, що підпадають під дію контракту, а також, арбітражної угоди, що може міститися в ньому.

Крім того, арбітражна юрисдикція може бути затверджена на основі інвестиційного договору між державою, громадянином якої є інвестор, і державою, в яку інвестор інвестував і від якої претендує на відшкодування збитків. Тут немає жодного питання щодо контракту, який виник між інвестором-позивачем і державою-відповідачем на основі приватної угоди, а через зобов'язання між державою-відповідачем і державою, громадянином (місцем знаходження) якої є приватна особа.

Така двостороння інвестиційна угода могла бути укладена до спірної діяльності в приймаючій державі або після неї, і такий термін, ймовірно, може відігравати певну роль у питанні про те, чи слід підтримувати таке затвердження юрисдикції через ДІД, що у свою чергу, надає інвестору можливість застосування *forum shopping* при подачі позовної заяви, пов'язаної з інвестиціями, до держави-реципієнта, що підписала ДІД [172, с. 332].

Загалом, у міжнародному інвестиційному арбітражі, зокрема у таких інституціях, як ІКСІД і NAFTA, може вважатися, що сторони на підставі договору прямо домовилися про застосування міжнародного права, принаймні частково. З точки зору інвестора при застосуванні *forum shopping*,

результат може бути способом захистити його від надмірного впливу законодавства держави-реципієнта. З точки зору держави-реципієнта, такий результат може бути способом уникнути застосування законодавства третьої країни, яке не має відношення до спору.

Серед ДІД, що містять положення про застосовне законодавство, що посилаються виключно на ДІД та застосовні норми міжнародного права, є ті, які послужили основою для розгляду ІКСІД у *Fedax v. Venezuela* [124], *AAPL v. Sri Lanka* [100], *AMT v. Congo* [95]; NAFTA – *Azinian v. Mexico* [181], *Metalclad v. Mexico* [160].

У підсумку, мотиви, що ґрунтуються на застосуванні *forum shopping* при розгляді справ в арбітражі, різноманітні та складні, у певному сенсі, можливо, набагато складніші, ніж у випадку застосування *forum shopping* при судовому розгляді. Крім того, як у випадку судового розгляду, так і в арбітражі, позивач повинен бути готовий до зустрічного застосування *forum shopping* відповідачем, чи то в арбітражному суді, чи в паралельному судовому розгляді. Тому, можлива суперечлива поведінка з боку потенційного відповідача при вирішенні юрисдикційних питань до початку розгляду спору по суті ускладнює захист порушених прав. В такому випадку сторонам доцільніше домовлятись про порядок вирішення спорів під час укладення інвестиційної угоди.

2.3.2. Конкуренція засобів судового (арбітражного) захисту. Принцип lis pendens. Принципи amiable compositeur та ex aequo et bono

Між учасниками міжнародної інвестиційної діяльності практично завжди виникають суперечки. Навіть в тому випадку, якщо учасники інвестиційних правовідносин докладали всіх зусиль для забезпечення належного виконання зобов’язань, існує ймовірність невиконання. У таких ситуаціях сторона, права якої були порушені, вимагає рівносильну компенсацію збитків.

При виникненні суперечок, що випливають із інвестиційних угод, проблеми правового регулювання обумовлені численними правовими колізіями неоднозначного теоретичного підходу, відсутністю можливості вивчення договірної практики через конфіденційний характер інвестиційних угод. Більшістю держав в національному законодавстві передбачений механізм захисту потерпілої сторони, що гарантує відновлення її порушених прав. У той же час захист прав і законних інтересів учасників правовідносин передбачений законодавством будь-якої держави. Однак потенційним сторонам інвестиційних відносин необхідні гарантії щодо справедливого захисту своїх порушених прав, а також виконання рішень, винесених компетентними органами, що не завжди виконується державою-реципієнтом на практиці.

Перехід до ринкових економічних відносин, реформування процесуального законодавства у багатьох країнах сприяють появі нових і більш доступних способів вирішення спорів, в тому числі відкривають можливості для використання недержавних форм вирішення спорів. В умовах економічної свободи, необхідності розвитку ділового співробітництва учасники підприємницької діяльності зацікавлені не в тривалій, дорогій судовій процедурі, а в гнучких, оперативних формах врегулювання розбіжностей шляхом застосування альтернативних методів вирішення спорів. Отже, перед іноземним інвестором має бути вибір, який спосіб буде більш ефективний і доступний для швидкого, справедливого вирішення спору і відновлення порушених прав.

Захист прав іноземного інвестора завжди був ключовим фактором визначення інвестиційного клімату держави, що приймає іноземні інвестиції. Іноземні інвестиції мають більш високий ризик, ніж внутрішні інвестиції, оскільки в більшості держав переважає підхід стимулювання розвитку місцевого бізнесу, більш того, приймаюча держава може характеризуватися нестабільною політичною або економічною системою, неефективною адміністративною системою, корумпованістю в ешелонах влади, тому для

захисту від несприятливого макроклімату приймаючої держави необхідний мінімальний міжнародний стандарт поводження і міжнародна система врегулювання спорів. Це не означає, що всі ризики іноземних інвестицій повинні бути захищені міжнародним мінімальним стандартом в звичаєвому міжнародному праві, наприклад, іноземний інвестор, крім можливої дискримінації і експропріації з боку держави-реципієнта, повинен враховувати і комерційні ризики.

На даний момент міжнародне право прав людини і принципи рівноправності, справедливості і недискримінації міжнародного права є основою захисту іноземних громадян відповідно до законодавства про іноземні інвестиції. Крім того, на практиці існує тенденція до розширення заходів із захисту через двосторонні інвестиційні договори (ДІД), угоди про вільну торгівлю, регіональні торгові угоди. Однак не варто забувати про доктрину суверенітету, яка говорить про те, що країни можуть експропріювати або націоналізувати іноземну власність, але при наявності суспільного інтересу, дотриманні належної правової процедури, негайної виплати справедливої компенсації. Відповідно, в разі факту експропріації (націоналізації) з боку приймаючої держави, смислове навантаження буде на виплату негайної, справедливої сатисфакції. До слова, єдиних критеріїв до стандарту компенсації на даний момент не розроблено.

Процес захисту порушених прав включає в себе сукупність заходів (способів), які застосовуються у відповідь на недобросовісні дії порушника. З точки зору матеріального права захист порушених прав включає в себе норми права, що визначають форми, способи і терміни відновлення порушених прав та інтересів, в тому числі і превентивні заходи їх від порушень. З точки зору процесуального права захист має на увазі під собою діяльність, за допомогою якої досягається необхідний ефект реалізації прав і обов'язків [98, с. 6].

Відповідно до п. 3. ст. 2 Статуту ООН, Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між

державами, Заключного акту Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 р, а також різних міжнародних двосторонніх та регіональних угод – кожна держава та інші суб'єкти міжнародного права зобов'язані вирішувати спори між собою мирними засобами таким чином, щоб не ставити під загрозу міжнародний мир, безпеку та справедливість [20, с. 39-40].

Так, В. М. Стойка визначає захист прав інвесторів як сукупність способів, встановлених законодавством, метою яких є відновлення порушених або оспорюваних прав суб'єктів інвестиційної діяльності, а також застосування санкцій до порушників охоронюваних законом прав та інтересів.

Отже, крім питання про справедливу сатисфакцію, повернення експропрійованого (націоналізованого) майна, захист прав власності іноземного інвестора також передбачає і вибір належного способу відновлення порушених прав. Залежно від обраного засобу захисту буде залежати тривалість, результат вирішення спору між сторонами, а також подальша доля інвестиційної діяльності іноземного інвестора в приймаючій державі [65, с. 22].

Судовий і арбітражний захист прав іноземного інвестора здійснюється як на національному, так і на міжнародному рівні.

Статтею 9 Угоди між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій передбачено, що в разі відсутності врегулювання спору в письмовій формі протягом трьох (3) місяців з дати, на яку він був порушений, такий спір за вибором інвестора подається:

a) до компетентних судів держави Договірної Сторони, на території якої здійснюється інвестиція; або

b) до арбітражу Міжнародного центру урегулювання інвестиційних суперечок (ІКСІД), створеного відповідно до Конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами та фізичними або юридичними особами інших держав, відкриту для підписання у Вашингтоні 18.03.1965 р. (тут і далі - «Центр»), в разі доступності такого Центру; або

c) до арбітражу Додаткової Установи Центру, якщо тільки одна з Договірних Сторін є стороною Конвенції, зазначеної у підпункті (b) цього пункту; або

d) до будь-якого арбітражу *ad hoc,* який, якщо інше не погоджено сторонами в суперечці, створюється відповідно до Арбітражних Правил Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL).

Крім того, згідно з ч. 3. ст. 9 вищевказаної Угоди між Україною та Швейцарією інвестор, який подав на розгляд спір до національного суду може звернутися в один з арбітражних судів, згаданих у пунктах 2 (b) - (d), якщо до винесення судового рішення на предмет спору національним судом, інвестор повідомляє про своє рішення відмовитися від врегулювання спору за допомогою національного судочинства і відкликати позов [70].

Статтею 8 Угоди між урядом України та урядом Республіки Хорватія від 15.12.1997 р. не передбачено вирішення інвестиційних спорів за допомогою національного судочинства. Навпаки, в ч. 2 ст. 8 вищезазначеної Угоди зазначено, «якщо будь-який спір між інвестором однієї Договірної Сторони та іншою Договірною Стороною не може бути таким чином вирішений протягом шести місяців, інвестор отримає право передати цю справу на розгляд:

(A) Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД), маючи на увазі відповідні умови Конвенції про урегулювання інвестиційних спорів між державами та фізичними або юридичними особами інших держав, відкритої для підписання в Вашингтоні, округ Колумбія, 18.03.1965 р, в разі, коли обидві Сторони стали стороною цієї Конвенції, або

(B) арбітра або міжнародного *ad hoc* арбітражного суду, заснованого згідно з Арбітражними Правилами Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL). Сторони в спорі можуть погодитись письмово змінити ці Правила. Арбітражні рішення будуть остаточними і обов'язковими для обох сторін спору [73].

Між урядом України і урядом Республіки Хорватія 21.11.2016 р. був підписаний Додатковий протокол про внесення змін до вищевказаної Угоди. Стаття 8 була викладена в новій редакції: «Якщо спір між Договірною Стороною та інвестором іншої Договірної Сторони не може бути вирішено шляхом консультацій і переговорів протягом шести (6) місяців з дати отримання Стороною, на території якої зроблено інвестицію, письмового повідомлення про його виникненні, спір на прохання інвестора вирішується таким чином:

(A) компетентним судом Договірної Сторони, на території якої зроблено інвестицію, або

(B) шляхом арбітражу в національних комерційних арбітражних установах Договірних Сторін, або

(C) через погоджувальну процедуру або Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД), створеного відповідно до прийнятої в 18.03.1965 року у Вашингтоні Конвенцією про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, або

(D) шляхом арбітражу *ad hoc* відповідно до Арбітражних правил Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL)» [25].

Таким чином, вищевказані зміни розширили коло компетентних незалежних арбітражних органів, а також стало можливо вирішити спір і за допомогою судів держави-реципієнта.

Що стосується врегулювання спорів в рамках національної правової системи, то, на прикладі України, державою прийнято низку нормативно-правових актів, які створюють правову основу для здійснення інвестиційної діяльності як для національних інвесторів, так і для осіб-нерезидентів:

- Закон України «Про інвестиційну діяльність» № 1560-XII від 18.09.1991 р. визначає загальні принципи інвестиційної діяльності та надання державою гарантій як національним, так і іноземним інвесторам [53];

- Закон України «Про захист іноземних інвестицій на Україні» №1540а-XII від 10.09.1991 р. встановлює, що держава не може реквізувати іноземні інвестиції, за винятком випадків стихійного лиха, аварій, епідемій, епізоотій. Рішення про реквізицію іноземних інвестицій приймає Кабінет Міністрів України. Компенсація, яка покладається в цих випадках іноземному інвестору, має бути адекватною і ефективною [54].

- Закон України «Про режим іноземного інвестування» № 93/96 від 19.03.1996 р. закріплює гарантії захисту інвестицій за умов зміни законодавства; гарантії репатріації прибутку, дивідендів та інших засобів, отриманих в результаті здійснення іноземних інвестицій; захист від націоналізації, неправомірних дій державних органів, а також їх посадових осіб; виплату компенсації і відшкодування збитків іноземним інвесторам, повернення інвестицій у разі припинення інвестиційної діяльності в Україні. Крім того, ст. 26 Закону України «Про режим іноземного інвестування» передбачено, що спори між іноземними інвесторами і державою з питань державного регулювання іноземних інвестицій та діяльності підприємств з іноземними інвестиціями підлягають розгляду в судах України, якщо інше не визначено міжнародними договорами України [58].

Статтею 397 Господарського кодексу України передбачено гарантії здійснення іноземних інвестицій, в тому числі гарантії щодо примусового вилучення, а також від незаконних дій органів влади та їх посадових осіб [21].

Вищевказані норми знайшли своє застосування в постанові Одеського апеляційного господарського суду від 05.02.2015 р. у справі № 916/1022/14. Однак в цілому така практика, виходячи з аналізу застосування захисних механізмів зі зверненням до суду приймаючої держави, іноземним інвестором використовується досить рідко, при тому що в переважній більшості випадків на практиці залучити державу до відповідальності за невиконання гарантій щодо захисту інвестицій практично неможливо. Найбільш дієвим і ефективним способом захисту іноземним інвестором своїх

прав є звернення до арбітражу. До основних переваг звернення для вирішення спорів до арбітражу є:

- швидкість розгляду справи;

- можливість учасників спору самостійно вибирати арбітрів, а також забезпечити незалежність і компетентність розгляду спору;

- розгляд спору арбітражем може проходити в закритому порядку, в тому числі арбітражне рішення може бути доступно тільки учасникам спору, що додатково забезпечує конфіденційність розгляду і зберігає комерційну таємницю;

- процедура виконання арбітражних рішень регламентується Конвенцією ООН про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (Нью-Йоркська конвенція 1958 р.). У ній регламентується уніфікована процедура, яка дозволяє привести до виконання рішення в будь-якій країні, яка ратифікувала цю Конвенцію [98, с. 8].

Передача на вирішення спору в арбітражі регламентується ДІД між Договірними Сторонами-державами. Але також ДІД передбачає доарбітражний період врегулювання (*Cooling-off period*) спору, для можливості вирішення спору і задоволення претензій мирним шляхом, не вдаючись до витратної процедури самого арбітражного розгляду. Цей період, як правило, триває 6 місяців з моменту виникнення спору [98, с. 8-9]. Наприклад, ДІД між Україною та Албанією передбачає наступне формулювання: «Якщо таким чином спір не буде вирішений протягом шести місяців з моменту його виникнення, розгляд його може бути передано в: а) компетентний суд або арбітраж Договірної Сторони, на території якої капіталовкладення здійснені; б) Арбітражний інститут Стокгольмської Торгової палати; в) третейський суд ad hoc, відповідно до Арбітражного регламенту Комісії ООН по праву міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) (ст. 6) [72].

Але в той же час слід відрізняти доарбітражний період врегулювання спору від консультацій і переговорів як способу врегулювання спору.

Наприклад, в п. 2 ст. 6 ДІД між Україною і США [24] передбачається, що в разі виникнення спору Сторони повинні намагатися вирішити його шляхом консультацій і переговорів, що включає в себе і інститут посередництва: сторони можуть вирішувати спори в інвестиційних відносинах з допомогою сприяння третьої сторони. На практиці існує кілька різновидів медіації. Посередництво може бути пропонованим, тобто здійснюваним з ініціативи третьої сторони, або якої просять, тобто ініціюється самими сторонами; індивідуальним або колективним тощо. Як видно з контексту Договору, тут мається на увазі «*посередництво, що запитується*», тобто сторони спору самі, за взаємною узгодженістю, запрошують третю сторону на досудовий етап врегулювання інвестиційного спору.

Якщо інвестиційна угода не містить положень, які стосуються врегулювання розбіжностей, спори, що розглядаються, будуть вирішуватися аналогічно спорам, заснованим на звичаєвих нормах міжнародного права, тобто в національних судах приймаючої інвестиції держави, а потім, можливо, із застосуванням інституту дипломатичного захисту.

Звичаєва норма міжнародного права передбачає, що в разі виникнення спору між державою, що приймає інвестиції, і інвестором, спір стає предметом захисту з боку держави інвестора, тільки коли всі національні засоби юридичного захисту, згідно із законодавством приймаючої сторони, будуть повністю вичерпані. З цього приводу Міжнародний Суд ООН у своєму рішенні у справі *Interhandel* [205, с. 77-78] встановив, що до звернення зі скаргою до Міжнародного Суду в подібних випадках спочатку необхідно надати можливість державі, де було допущено порушення, виправити це порушення власними коштами, передбаченими в національному законодавстві. У рішенні по справі *Elsi між США і Італією* Міжнародний Суд ООН назвав цю норму "фундаментальним принципом" врегулювання міжнародних спорів. Разом з тим Міжнародний Суд визнав, що держави можуть за взаємною згодою відмовитися від застосування цього принципу, але їх відмова має бути явною, а не мається на увазі [205, с. 77-78].

Низка двосторонніх міжнародних договорів рекомендує стороні і інвестору сторони відрегулювати спори, що виникають, шляхом консультацій. У міжнародній практиці застосовуються два різновиди консультацій: факультативні та обов'язкові. Факультативними є консультації, до яких сторони в спорі вдаються за взаємною згодою. Обов'язкові консультації – це такі, застосування яких при певних умовах передбачено в міжнародному договорі на вимогу будь-якої сторони спору. У міжнародно-правовій доктрині обов'язкові консультації отримали назву договірних [16, с. 52-53].

Договірні консультації є самостійним способам врегулювання спорів і характеризуються такими головними особливостями. По-перше, вони обумовлені заздалегідь взятим зобов'язанням сторін консультуватися між собою з метою розв'язання зазначених у договорі спорів. По-друге, такі консультації мають обов'язковий характер в тому сенсі, що вони повинні проводитися за наявності відповідних зобов'язань на вимогу будь-якої зі сторін, пов'язаної зобов'язанням про консультації. По-третє, в ході консультації, сторони повинні радитися один з одним як рівні, гармонізувати, а не протиставляти свої позиції.

Тепер зупинимося на тих угодах, які вимагають, щоб спори між однією з Договірних Сторін і інвестором іншої договірної Сторони, по можливості, повинні вирішуватися шляхом консультацій. Як приклад, ст. 8 Угоди Україна зі Швейцарською Конфедерацією містить наступне: «З метою дружнього вирішення спорів між Договірною Стороною та інвестором іншої Договірної Сторони, без шкоди для статті 10 цієї Угоди (що стосується спорів між Договірними Сторонами), між сторонами в суперечці будуть проводитися консультації». Таким чином, механізм проведення консультацій застосовується поряд з іншими перерахованими вище способами вирішення спорів.

Різноманіття способів захисту порушених прав іноземного інвестора дає позивачеві альтернативи для найбільш сприятливої процедури вирішення

ініційованого інвестиційного спору і відновлення порушених прав. Однак застосування того чи іншого засобу вирішення спору може залежати не тільки від бажання самого інвестора, а й від особливостей національного законодавства учасників спору, застереження, прописаного в ДІД, предмета спору тощо.

Не можна не відзначити, що наявність в двосторонніх інвестиційних договорах застереження щодо досудового вирішення виникаючих протиріч і бажання проведення консультацій і переговорів може знизити ескалацію конфліктних ситуацій при їх виникненні. Багато суб'єктів інвестиційної діяльності, уникаючи витрат в ході вирішення спорів в судовому/арбітражному порядку, спочатку вдаються до консультаційних процедур. Як правило, переважна більшість інвестиційних угод передбачає саме такий початковий спосіб вирішення розбіжностей. В цьому випадку йдеться про ефективність таких методів. Як правило, при незначних збитках сторони приходять до мирного вирішення існуючих розбіжностей. Цей фактор повинен знизити кількість судових / арбітражних процедур і навчити сторони знаходити паритет при здійсненні ними інвестиційної діяльності.

Варто зауважити, що багатогранність міжнародних приватноправових відносин нерідко призводить до складнощів при вирішенні спорів, зокрема, в інвестиційно-правовій площині. Принцип множинності процесів (***lis pendens***) спрямований на уникнення зловживань правом учасниками розглядів. Однак далеко не завжди суддям (арбітрам) вдається однаково визначити підсудність спору, про що свідчать судові та арбітражні рішення.

Усунення ймовірності паралельного судового та арбітражного розгляду є рідкісною дилемою для учасників інвестиційних спорів. Наслідки множинності процесів можуть призводити до того, що учасники спору більше часу та коштів витрачають на спори щодо юрисдикції, ніж на розгляд справи насправді.

У практиці зустрічаються міжнародні інвестиційні договори, в положеннях яких спеціально закріплюється згоду держав-учасників на

розгляд їхніх суперечок з інвесторами інших держав-учасників в незалежних міжнародних арбітражних або судових органах без застосування вимоги про вичерпання місцевих адміністративних і судових засобів захисту. Подібне поєднання арбітражного застереження до положень про врегулювання міжнародних спорів договірних держав залишає високу ймовірність виникнення паралельних процедур врегулювання спорів між державами в рамках здійснення дипломатичної захисту і спорів між інвестором і приймаючою державою.

Паралельний розгляд спору за одними фактичними підставами може привести до прийняття суперечливих рішень по одному і тому ж спору. У зв'язку з цим в даний час склалася стійка тенденція вказувати в положеннях двосторонніх інвестиційних договорів орган, повноважний приймати остаточні рішення у спорах, що випливають з інвестиційної угоди.

Проблема паралельного розгляду може виникнути також у разі, коли у інвестора є вибір пред'явити претензію або за договором, або за ДІД, або як договірну вимогу, так і вимогу по ДІД. В такому випадку очевидно, що дуалізм між ДІД і договірними вимогами створює (збільшує) ризик паралельних розглядів.

Відзначимо також, що в більшості ДІД, укладених останнім часом, в тому числі з Україною, передбачаються два чітких механізму вирішення спорів: один - для суперечок між двома договірними державами і інший - для суперечок між приймаючою країною та іноземним інвестором, якому завдано збитків. Таким чином, двосторонні інвестиційні договори, образно кажучи, «прорвали пролом» в системі відсутності ефективного та обов'язкового механізму вирішення спорів, пов'язаних з інвестиціями, і значно виправили такий стан.

Засобом проти порушень обов'язків державою-реципієнтом щодо прямих іноземних інвестицій може бути також традиційний дипломатичний захист. Звичаєва норма міжнародного права передбачає, що в разі виникнення спору між державою, що приймає інвестиції, і особою-

інвестором, спір стає предметом захисту з боку держави інвестора, тільки коли всі національні засоби юридичного захисту, згідно із законодавством приймаючої сторони, будуть повністю вичерпані [12, с. 252-253].

Принцип *lis pendens* (він же принцип контрольованої множинності процесів) спрямований на обмеження права на звернення до суду або арбітраж у справі, коли між тими ж сторонами, з того ж предмета спору процедура розгляду вже розпочато. Головною метою застосування цього принципу є захист прав учасників спору від винесення кількох різних рішень по тому самому предмету спору, що виключило б виникнення конфлікту інтересів та проблеми виконання судового (арбітражного) рішення.

У цьому разі основне питання, яке підлягає вирішенню, полягає у неприпустимості подання позову з одного й того ж предмету спору, одними й тими самими сторонами до судів (чи арбітражі) кількох країн, тобто у неприпустимості застосування альтернативної підсудності. У разі виникнення такої проблеми, чи повинен один із судів (арбітражів) залишити позов без розгляду, або припинити провадження у справі на тій підставі, що в суді (арбітражі) іншої держави вже розпочато розгляд цього спору? [3, с. 27]

Якщо держава не виконала договірних зобов'язань, обмежений порушенням своїх прав іноземний інвестор може ініціювати арбітраж для відновлення порушених прав, використовуючи різні форуми арбітражу та судового захисту.

Для застосування принципу *lis pendens* необхідні умови потрійної ідентичності позовних вимог:

- одні й ті самі сторони розгляду;
- однаковий предмет спору;
- однакові підстави позову. [3, с. 27]

Таким чином, наступні або паралельні процеси можуть бути організовані, якщо, наприклад, позивач приймає рішення пред'явити позов з іншого предмета або на інших підставах, або навіть у разі зміни процесуального положення сторін у паралельних процесах.

Можливість об’єднання проваджень є необхідним засобом досягнення юридичної визначеності щодо вирішення спору, але потребує згоди всіх сторін розгляду. Необхідно привести у відповідність внутрішньодержавні закони, арбітражні регламенти та міжнародні угоди, які є обов’язковими умовами консолідації засобів судового (арбітражного) захисту.

Так, наприклад, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 175 Господарського процесуального кодексу України, суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо: у провадженні цього чи іншого суду є справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав [22], що виключає можливість існування множинності господарсько-правових спорів за законодавством України.

Також слід зазначити, що ні в Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж, ні в Арбітражному Регламенті ЮНСІТРАЛ не містяться умови про консолідацію аналогічних арбітражних розглядів.

На даний момент, внаслідок удосконалення формату двосторонніх інвестиційних договорів (далі – ДІД), врегулювання інвестиційних спорів виключає можливість паралельного, судового чи арбітражного механізму вирішення спорів. Приклад модернізації ДІД та крок до вирішення проблеми множинності процесів продемонстровано у п. 5 ст. 10 ДІД між Урядом України та Урядом Йорданського Хашимітського Королівства: «інвестор, який уже передав спір до національного суду <…> до одного з арбітражних судів <…>, не має права передавати цей спір до іншого суду. Вибір інвестором суду чи арбітражного суду є остаточним та обов'язковим» [59].обов’язковим».

Джованні Зарра описує явище *lis pendens* в інвестиційному арбітражі як «кілька розглядів, що очікують розгляду у двох (або більше) арбітражних судах, в яких сторони, юридичне обґрунтування, а також одна або більше вимог є цілком (або лише за змістом) однаковими» [96, с. 6].

Це означає, що паралельні процеси:

(1) мають ту саму мету;

(2) мають однакові фактичні обставини;

(3) мають, з матеріальної точки зору, ту саму правову основу;

(4) охоплюють сторони, які якщо не значною мірою ідентичні, то являють собою той самий центр інтересів.

В інвестиційному арбітражі *lis pendens* може мати місце у трьох різних ситуаціях:

1) та сама сторона починає паралельні процеси в рамках інвестиційного договору та ДІД між державами;

2) різні акціонери однієї і тієї ж компанії, що здійснює іноземні інвестиції, починають кілька паралельних розглядів щодо держави, яка приймає інвестиції;

3) кілька компаній, що належать до однієї і тієї ж групи компаній (що є корпорацією, яка фактично володіє інвестиціями), ініціюють паралельні розгляди щодо держави, що приймає інвестиції.

Одним із ключових моментів у виключенні паралелізму арбітражних розглядів є співпраця (кооперація) трибуналів. Однак з огляду на повністю децентралізований механізм врегулювання спорів, консолідація процесів не завжди можлива. Прикладом того, як інвестор може ініціювати два паралельні розгляди щодо однієї і тієї ж держави, щодо одного і того ж предмета спору, в рамках двох різних ДІД, є розгляди за позовами Рональда С. Лаудера та компанії *CME Czech Republic BV (Ronald S .Lauder and CME Czech Republic BV Cases)* [112]. У зв'язку з експропріацією інвестицій Рональд Лаудер, громадянин Сполучених Штатів Америки, ініціював у 1999 році арбітражний розгляд у Лондоні, посилаючись на положення ДІД між США та Чеською Республікою. Потім підконтрольна йому компанія, *CME Czech Republic BV,* розпочала розгляд у Стокгольмі, ґрунтуючись на ДІД між Королівством Нідерланди та Чеською Республікою, пред'явивши ті ж вимоги, що ґрунтуються на тих самих фактах, що й у першому випадку. В результаті два процеси (в рамках двох різних ДІД), що включають однорідні факти, тривали одночасно [144].

Проблема паралельного розгляду в державах ЄС врегульована, зокрема, у Луганській Конвенції про юрисдикцію, визнання та приведення у виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах 2007 р. (відомої також як ІІ Луганська Конвенція, або Лугано ІІ), статті 27-30 якої закріплюють положення, присвячені взаємозалежним позовам. Відповідно до них у разі якщо справи, порушені з однієї підстави та між тими ж сторонами, прийняті до провадження в судах різних Договірних держав, то кожна з них, крім суду, який першим прийняв позовну заяву, зупиняє з власної ініціативи провадження до моменту встановлення юрисдикції суду, що першим прийняв цю справу. Коли юрисдикцію суду, який першим прийняв позовну заяву, встановлено, всі інші суди відмовляють у розгляді цієї справи на користь першого суду. Навіть якщо кілька судів мають виняткову юрисдикцію, справу розглядає суд, який ухвалив його спочатку. Аналогічна позиція відображена і в Регламенті Ради ЄС № 44/2001 від 22 грудня 2000 року «Про юрисдикцію визнання та приведення до виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах» (Брюссель І).

Загалом обсяг положень Регламенту Брюссель І обмежується цивільними та комерційними питаннями. Обов'язковою умовою їх застосування є те, що кілька проваджень мають бути відкриті у судах різних держав. Якщо вони перебувають на розгляді в судах однієї і тієї ж держави, то передбачається, що питання юрисдикції вирішується відповідно до національного законодавства.

Глибока прогалина щодо сумлінного розгляду позовів відображена у розгляді у справі *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc*. [91], зважаючи на те, що у будь-якої недобросовісної сторони є можливість обійти арбітражне застереження, обравши найбільш зручний для розгляду питання по суті суд. У рішенні було встановлено, що будь-які інші суди повинні призупинити судочинство, якщо рішення суду, який першим прийняв справу до свого розгляду, з питання юрисдикції ще не прийнято. У результаті суди держави, зазначеної в арбітражному застереженні, не мали

жодної можливості вжити будь-яких дій щодо арбітражу (наприклад, перевірити компетенцію арбітрів) і змушені були чекати на рішення суду, що першим прийняв справу до розгляду. Якщо ж такий суд виносив своє рішення, воно підлягало визнанню та виконанню відповідно до правил Регламенту № 44/2001 (Брюссель I). Внаслідок цього підривалася роль судів держави, зазначеної в арбітражному застереженні: вони мали визнавати рішення навіть за незгоди із закордонним судом у його трактуванні. Більше того, положення Нью-Йоркської конвенції про визнання та приведення у виконанні іноземних арбітражних рішень 1958 р. та в цілому потенціал арбітражу як альтернативного способу вирішення цивільних та комерційних спорів не могли бути застосовані [88]. Вищевказаний кейс підкреслив марність додаткових угод про виняткову юрисдикцію та арбітражні застереження.

У справі *SwemBalt Aktiebolag vs The Republic of Latvia* [145] порушення принципу *lis pendens* було визначено як «факультативна перешкода». Латвія посилалася на принцип *lis pendens* як підставу того, що арбітраж перевищив свої повноваження, оскільки справа перебуває на розгляді в Морському та комерційному суді Данії (Danish Maritime and Commercial Court), і щоб уникнути суперечливих рішень, апеляційний суд округу Свеа (Svea Court of Appeal) не повинен приймати рішення з питання про примусове виконання рішення доти, доки питання дійсності арбітражного рішення не буде остаточно вирішено. Однак суд у своєму рішенні вказав: «Арбітражне рішення, винесене у суперечності з принципом *lis pendens*, не може вважатися неприйнятним з використанням правила, що стосується *order public* у § 33 другої статті Арбітражного акта, але має розглядатися як факультативна перешкода для судового розгляду. Обставини у цій справі не підтверджують думку, що це явно суперечить судовій системі Швеції з метою забезпечення дотримання арбітражного рішення. Також немає жодних перешкод для того, щоб подати заяву SwemBalt на примусове виконання арбітражного рішення без схвалення» [145].

Відповідно до Регламенту (ЄС) № 1215/2012 Європейського Парламенту та Ради від 12 грудня 2012 р. «Про підсудність та визнання та виконання судових рішень у цивільних та торговельних справах» (що повністю замінило собою попередній Регламент Брюссель I (про що прямо говорить його ст. 80, яка встановлює, що всі посилання на колишній Регламент № 44/2001 повинні визнаватись посиланнями на Регламент № 1215/2012) і що отримав у юридичних колах найменування «Брюссель Ia», або також «Брюссель I bis»), у тому випадку, коли суд держави-члена ЄС, що має виняткову юрисдикцію відповідно до угоди сторін, приймає справу до розгляду, будь-який суд держави-члена ЄС зупиняє розгляд справи, доки зазначений суд не ухвалить рішення про відсутність у себе компетенції відповідно до угоди. Якщо суд, зазначений в угоді, ухвалює рішення про наявність юрисдикції відповідно до угоди, суд іншої держави-члена ЄС виносить рішення про відсутність у себе юрисдикції на користь зазначеного суду (п.п. 2, 3 ст. 31 Регламенту Брюссель I bis).

Проблема застосування принципу *lis pendens* може виникнути також у разі, коли інвестор має вибір пред'явити претензію або за договором, або за ДІД, або як договірну вимогу, так і вимогу по ДІД. У такому разі очевидно, що дуалізм між ДІД та договірними вимогами створює (збільшує) ризик паралельних розглядів.

Так, у справі *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg та RSM Production Corporation у Grenada* [177] Гренада скасувала ліцензію на видобуток нафти, надану *RSM Production Corporation*, внаслідок несвоєчасного її використання останньою. *RSM Production Corporation* розпочала арбітражний розгляд у ІКСІД (на підставі інвестиційного контракту), внаслідок якого арбітраж не виявив жодних порушень Гренадою зобов'язань. Потім *RSM Production Corporation* подала клопотання про відміну арбітражного рішення [177] (яке пізніше було відхилено внаслідок несплати *RSM Production Corporation* арбітражного збору). У той же час акціонери *RSM Production Corporation* (спільно з корпорацією) подали інший

позов, ґрунтуючись на двосторонній інвестиційній угоді між США та Гренадою, в основу якої лягли ті самі факти. Другий позов був відхилений арбітражем.

Також сюди можна зарахувати і справу *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* [114]. Місце вирішення інвестиційного спору визначалося в договорі концесії на воду, укладеному з провінцією Тукуман (тобто Аргентинська Республіка безпосередньо не була стороною договору), відповідно до якого всі спори, пов'язані з концесією, повинні бути представлені у винятковій юрисдикції адміністративних судів держави, що приймає інвестиції. Провінція припинила дію договору після кількох спорів між сторонами. Потім іноземні інвестори ініціювали арбітражний розгляд проти Аргентинської Республіки не відповідно до арбітражного застереження, що містилося в концесійній угоді, а на підставі положень ДІД (міжнародної двосторонньої угоди про заохочення та захист інвестицій, укладеної між урядами Франції та Республіки Аргентини), заявивши, що держава порушила договірні зобов'язання, не гарантувавши виконання договору провінцією. До припинення дії договору Аргентинська Республіка допомагала провінції в переговорах з інвестором.

Аргентинська Республіка заперечувала проти юрисдикції арбітражу, акцентуючи, що не давала згоди на підпорядкування юрисдикції ІКСІД, як це вимагається відповідно до положень Вашингтонської конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами та громадянами інших держав 1965 року. Французький інвестор надав додаткові докази того, що дії адміністрації провінції Тукуман мали характер суверенних дій та були порушенням міжнародних зобов'язань Аргентинської Республіки, що випливають із двосторонньої франко-аргентинської угоди про захист інвестицій. Арбітраж ІКСІД визнав суверенний характер дій адміністрації провінції Тукуман, відхилив заперечення Аргентини щодо юрисдикції, вважаючи, що позов іноземних інвесторів проти провінції Тукуман в

адміністративних судах провінції Тукуман за порушення термінів за концесійним договором не позбавляє позивачів права на звернення за правовим захистом. передбачено в ДІД та Вашингтонській конвенції. Проте під час розгляду справи сутнісно, арбітраж відхилив вимоги інвестора.

Потім підприємство ініціювало скасування арбітражного рішення. Комітет зі скасування рішення задовольнив вимоги *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A.* у низці наступних присуджень. Він ухвалив, що держава може порушувати ДІД, не порушуючи договірні зобов'язання з іноземним приватним інвестором, і навпаки, оскільки угоди встановлюють «незалежний стандарт» та «відповідно до цього загального принципу (який, безсумнівно, є постулатом загального міжнародного права), незалежно від того, було порушення ДІД або було порушення договору». Отже, згідно з позицією Комітету зі скасування арбітражного рішення, кожна вимога має визначатися з посиланням на його належний закон: «[...] у разі ДІД – відповідно до міжнародного права; у разі концесійного договору – за відповідним положенням договору» [114]. Спеціальний Комітет дійшов висновку, що держава не може покладатися на положення про договірну юрисдикцію, щоб уникнути неправомірної поведінки щодо міжнародного права.

Як можна помітити, різниця між договірними претензіями та претензіями згідно з ДІД дуже актуальна, оскільки вони є одним із найбільш значущих джерел паралельного арбітражного розгляду. Також необхідно враховувати той факт, що претензії щодо договірних зобов'язань та ДІД необов'язково регулюються одними й тими самими нормативними актами, у зв'язку з чим можливо, що у двох арбітражах, що розглядають спір з тих самих відносин, будуть винесені відмінні один від одного рішення.

Права та обов'язки однієї із сторін, що випливають із ДІД, існують на рівні міжнародного права. Отже, сторона у спорі, що обстоює свої права та виправдовуючи невиконання договірних зобов'язань, не може покладатися на своє національне законодавство. Зокрема держава не повинна в

односторонньому порядку звільняти себе від своїх договірних зобов'язань на підставі свого законодавства [107, с. 39].

Відмінність між національним та міжнародним правом розглядалася арбітражем у справі *GAMI Investments Inc. v. Правительство з United Mexican States* [107, с. 40], в якій говорилося: «Зрештою кожен судовий (арбітражний) орган несе відповідальність у межах своєї юрисдикції за застосування закону, відповідно до якого він здійснює свої повноваження. Суди Мексики мали визначити, чи є експропріація законною відповідно до законодавства Мексики. Цей арбітраж судить про те, чи було порушено міжнародне право будь-якими органами мексиканського уряду».

Отже, необхідно визначити, чи будуть передбачувані дії порушенням інвестиційного контракту чи порушенням ДІД, щоб розрізнити між засобами правового захисту національного та міжнародного права. Порушення договору саме собою є порушенням зобов'язання з ДІД. З іншого боку, якщо держава, що приймає, при здійсненні своїх державних (політичних) функцій, діятиме як сторона, яка зловживає своїм становищем і виходить за рамки контрактних зобов'язань, це буде лише порушенням ДІД. Таким чином, дані поняття не можна ототожнювати. Як ухвалив арбітражний суд у справі *Impregilo v Pakistan*, навіть якщо вимоги щодо ДІД та за контрактом повністю збігаються, «вони все одно відрізняються» [107, с. 40].

Проблематика множинності процесів ускладнює досягнення кінцевого результату вирішення спору – виконання рішення. Застосування принципу *lis pendens* є ефективним інструментом для вирішення питань конкуренції юрисдикцій арбітражу (суду) при паралельних розглядах. На жаль, у таких ситуаціях не існує чітких правил, і арбітри можуть певною мірою виходити з власного досвіду та знань; безумовно, впливають на них при проведенні арбітражних процедур і правові традиції. На даний момент і Луганською Конвенцією, і Брюссельським Регламентом більш-менш прозоро врегульовано порядок врегулювання спорів та запобігання так званим «торпедним процедурам». Про це свідчить набагато менша кількість

суперечок щодо юрисдикції в інвестиційних спорах, ніж у минулому десятилітті. Проте прогалини ще існують, у зв'язку з чим розбіжності та множинність процесів необхідно розцінювати як причину та привід співпраці судових та арбітражних органів з метою припинення таких варіацій для винесення єдиного рішення уповноваженим органом.

Особливістю арбітражної процедури розгляду спору є також можливість сторін визначити, що спір розглядатиме призначений сторонами «дружній посередник» (*amiable compositeur*), який вирішуватиме справу не лише на підставі правових норм та формальних вимог, а й керуючись принципом справедливості *ex aequo ma bono*. Однак у зв'язку із застосуванням зазначених методів вирішення спору можуть виникнути проблеми у визнанні та виконанні таких рішень, тому можливість їх використання має оцінюватися також з погляду правопорядку держави місця арбітражного розгляду та правопорядку держави місця виконання арбітражного рішення.

Проблематика розгляду міжнародних інвестиційних спорів загалом пояснюється багатьма чинниками. До основних проблем варто віднести значний проміжок часу від виникнення спору до винесення арбітражного рішення, проблеми реалізації інституту юридичної відповідальності, а також неоднакове тлумачення та застосування норм міжнародного процесуального права на практиці.

Арбітражна процедура регулюється як арбітражними регламентами, так і загальними принципами права, що є витоками формування змісту матеріального і процесуального права. Арбітраж, який виступає модератором між учасниками спору, керуючись принципами свободи вибору та взаємної згоди сторін, є гарантом надання сторонам альтернативи у способах врегулювання розбирання, що виникло між ними. Альтернатива полягає в самостійному обранні сторонами арбітрів, права, процедури, місця та мови розгляду, а також згоді на вирішення спору відповідно до принципів *amiable compositeur і ex aequo et bono.*

Питанням правової природи арбітражу, механізму встановлення арбітражем своєї компетенції та застосовного права, а також процесуальним особливостям, що супроводжують цей процес, приділяли свою увагу А. Білоглавек, В. В. Комаров, А. Г. Котельников, С .Н. Лебедєв, Р. А. Майданик, М. М Мальський, Ю. Д. Притика, М. А. Рожкова, О. Ю. Скворцов, Т. В. Сліпачук, Г. А. Цират, Ю. С. Чорних та інші. Однак у більшості випадків їх роботи стосуються проблем юридичної природи арбітражу та його головних інститутів, однак інші питання – зокрема, вирішення спору арбітражем як дружнім посередником та на основі принципу справедливості – висвітлені досить скупо. Ця прогалина частково заповнена М. М. Мальським [41], але практика застосування зазначених принципів під час розгляду інвестиційних спорів предметом спеціального аналізу не ставала.

Принципи *amiable compositeur* – або принцип світового/дружнього посередництва, – та *ex aequo et bono* застосовують у тому випадку, якщо сторони спору прямо уповноважили арбітраж діяти у відповідній якості. Ці засади закріплені, зокрема, у ч. 2 ст. 33 Арбітражного Регламенту ЮНСІТРАЛ (ред. 1976 р.): «Арбітражний суд виносить рішення як “дружніх посередників” або *ex aequo et bono* лише в тому випадку, якщо сторони прямо уповноважили суд на це і якщо закон, що регулює арбітражний процес, допускає такий арбітражний розгляд» [4, с. 76].

«Дружньому посереднику» характерний гнучкий підхід в оцінці обставин, які припиняють або переривають строк давності або, навпаки, відновлюють пропущені терміни. У центрі такого розгляду головним чином – питання обсягу відшкодування, якому можуть бути притаманні такі варіації: зниження договірної неустойки, корекція відсотків річних, застосування положень про обмеження відповідальності, а також врахування дій кредитора, спрямованих на зниження збитків, усунення інших негативних наслідків порушення, допущеного контрагентом [4, с. 76].

Існує чимало розбіжностей щодо тотожності значення принципу *amiable compositeur* в арбітражній процедурі та процедурі медіації як

альтернативного способу врегулювання спору. Вочевидь, способи вирішення спорів у цих процедурах абсолютно різні: «дружнє посередництво» є як результат – винесення обов'язкового арбітражного рішення, у разі медіації – йдеться про процедуру примирення. З іншого боку, не можна не погодитися, що арбітри націлені не так на вирішення спору на основі правових норм і формальних вимог, як на встановлення між ними нових правовідносин, що задовольняють інтереси обох сторін.

Застосування принципу *amiable compositeur* передбачається сторонами досить часто. Наприклад, у Додатку до Меморандуму про взаєморозуміння між ЮНЕСКО та міжурядовою організацією *Itaipu Binacional* щодо співробітництва у галузі наук про воду [159] міститься положення, що у разі спору арбітри наділені повноваженнями керуватися принципами *amiable compositeur* та *ex aequo et bono*.

У коментарях до статті 35 переглянутого Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, зроблених Міланським клубом арбітрів, наводиться ряд цікавих зауважень щодо застосовного права арбітражним судом, що діє як дружній посередник. Арбітражний суд застосовує норми права, які сторони узгодили як такі, що підлягають застосуванню при вирішенні спору по суті. За відсутності такої згоди сторін арбітражний суд застосовує право, яке вважатиме доречним. У процесі модернізації арбітражного законодавства держави (наприклад, Німеччина у 1998 році) передбачають, що у разі відсутності узгодженого сторонами права арбітражний суд застосовує право держави, з якою предмет розгляду найбільш тісно пов'язаний. Однак незалежно від того, чи приймають вони рішення як дружній посередник або відповідно до принципів справедливості, арбітри не звільняються від обов'язку вирішувати спори «по суті» та «авторитетно». Також допустимість використання цього методу вирішення спору має розглядатися з погляду правової системи держави місця арбітражного розгляду, а також правової системи держави місця виконання арбітражного рішення [190].

Питання про характер прийняття рішень як дружнього посередника було розглянуто, наприклад, Касаційним судом Франції у рішенні від 15 лютого 2001 р. (*The Halbout & société Matenec HG v. Epoux Hanin*) [105, с. 46]. У цьому рішенні підкреслювався обов'язок арбітра, що засідає як дружній склад, вирішити спір на підставі принципів справедливості, а не норм права. В арбітражному розгляді, що передував рішенню Касаційного суду Франції, третейський суд, посилаючись на французьке законодавство, заявив, що прохання про арбітраж є неприйнятним. Позивач заперечував цей висновок, стверджуючи, що третейський суд не виконав дане йому сторонами доручення діяти за принципом *amiable compositeur*. У своїй ухвалі Касаційний суд Франції дійшов висновку, що рішення арбітражного суду було засноване виключно на юридичних аргументах, не уточнивши, чи відповідають наведені положення принципам справедливості. Відповідність таким принципам вимагалася від нього у рамках арбітражної угоди між сторонами спору. З цього рішення випливає, що арбітри, що діють як дружні посередники, мають вибір: вони можуть або діяти відповідно до принципів справедливості (якщо це не суперечить публічному порядку), або можуть застосовувати норми законодавства (якщо закон, що розглядається в даному випадку, відповідає принципам справедливості). Ґрунтуючись на цьому, сформульованому французьким судом, підході, мандат арбітра, який виступає як дружній склад, не означає необмежену свободу; швидше, згідно з таким мандатом, арбітр прямо пов'язаний сторонами тим, щоб сприяти глибокій оцінці суті справи. На цьому прикладі можна побачити, що оригінальна французька концепція характеризує «дружній» склад як підхід до способу винесення юридичних висновків сутнісно, ніж як процедурний підхід.

В інвестиційних спорах арбітраж застосовує цей принцип по-різному. Так, наприклад, у рішенні за Справою № Т 8735-01 *The Czech Republic vs CME Czech Republic B.V. (The Netherlands)* від 15 травня 2003 року [112] з перегляду арбітражного рішення, Апеляційний суд округу Свеа (Швеція)

зазначив, посилаючись на статті 8.2 та 8.5 Угоди про взаємне заохочення та захист інвестицій між Королівством Нідерландів та Чеською Республікою, що розгляд має проводитись у рамках арбітражних правил ЮНСІТРАЛ. У частині 1 та 2 статті 33 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ передбачається, що арбітражний суд застосовує норми права, які сторони узгодили як такі, що підлягають застосуванню при вирішенні спору по суті в арбітражній угоді (до якої можуть бути включені загальні принципи рівності та справедливості або *lex mercatoria*), а також що арбітражний суд засновує своє рішення на оцінках розумності (приймає рішення як *amiable compositeur* або *ex aequo et bono*) тільки в тих випадках, коли сторони прямо уповноважили суд на це і якщо закон, що регулює арбітражний процес, допускає такий арбітражний розгляд. Тобто сторони можуть надати арбітражному суду повноваження для ухвалення рішення на свій розсуд, у тому числі як «дружній посередник».

Поняття «справедливості» і «рівності» як основні категорії природного права постають у національному праві у вигляді загальних принципів права. У міжнародному праві значення двох даних понять закладено в принцип *ex aequo et bono*.

У юридичній літературі та практичній юриспруденції склалося кілька підходів до застосування принципу *ex aequo et bono* [137, с. 56]:

– винесення рішення відповідно до власного подання арбітражного суду про справедливість, виходячи з особливостей та обставин справи;

– відсутність прив’язки при ухваленні рішення до чинного законодавства;

– винесення рішення (при застосуванні певних арбітражних правил та впливу національних правових систем) без прив’язки до договірних положень та торгових звичаїв;

– винесення рішення на основі відмінних від закону норм.

Зміст концепції *ex aequo et bono* у частині прийняття рішення, на наш погляд, суттєво відрізняється від прийняття рішення на основі принципу

справедливості. Різниця між цими концепціями лежить у складі права, що застосовується, оскільки при використанні підходу *ex aequo et bono* прийняття рішення здійснюється на основі *praeter legem* (поза правом, але близько до нього), а при застосуванні принципу справедливості – прийняття рішення здійснюється відповідно до закону, не виходячи за межі правової системи.

Іншими словами, відмінність у розумінні справедливості при вирішенні спору. Застосування принципу справедливості (як частини застосовного права) – процес компарації фактичних причин з конкретному спору та виявлення їх відповідності (чи невідповідності) чинному законодавству у межах правової системи. Застосування принципу *ex aequo et bono* – наслідок наділення арбітрів дискреційними повноваженнями, яке знаходить своє відображення у процесі розгляду спору по суті та прийняття по ньому справедливого рішення, що створює для сторін нові правовідносини, не обмежені нормами права та засновані на нормах моралі, що відповідають соціальній та політичній реальності.

Вирішення спору на основі принципу *ex aequo et bono* також застосовується у складних інвестиційних спорах між приватними інвесторами та державами. У процесі здійснення інвестиційної діяльності можуть виникати обставини (спори), які не передбачалися сторонами в момент укладання інвестиційної угоди, що позбавляють сторони значного змісту інвестиційної угоди, проте не можуть бути вирішені шляхом її зміни. Головною перевагою використання у такому разі принципу *ex aequo et bono* є відсутність необхідності звертатися до законодавства держави, яка приймає інвестиції.

Так, за вирішення справи *Atlantic Triton v. Guinea* [101], предметом спору у якому виступало погашення заборгованості за інвестиційним контрактом, арбітраж присудив виплату інвестору відсотків із заборгованості, посилаючись на ч. 3 ст. 42 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 р.

(застосування принципу *ex aequo et bono*) [204, с. 633]. У разі вирішення справи *Southern Pacific Properties (SPP) v. Egypt* арбітраж також застосував цей принцип, чітко визначивши норму англійського законодавства щодо компенсації інвестицій у рекреаційну зону Єгипту внаслідок експропріації [194].

Найбільш вдалим прикладом застосування принципу *ex aequo et bono* при вирішенні інвестиційних спорів можна вважати справу *Benvenuti v Congo* [106], в якій сторонами спору не було зроблено вибір застосовного права і арбітражний суд вирішив суперечку «за справедливістю». Спочатку пропозиція позивача вирішити спір у такий спосіб була відхилена відповідачем, але потім, у результаті переговорів, було обрано арбітраж, уповноважений діяти як «дружній посередник». У результаті, коли досягти сторонам домовленості не вдалося, арбітраж застосував ч. 3 ст. 42 Конвенції 1965 року.

Застосування принципів *amiable compositeur* та *ex aequo et bono* в арбітражній практиці вирішення інвестиційних спорів властиві як позитивні, так і негативні моменти. З переваг їх використання можна зазначити відсутність тиску національного законодавства та судової системи на результат справи у разі спору між іноземним інвестором та державою, що приймає; відсутність необхідності застосування колізійних норм та вибору норм права різних правових систем за відсутності таких у правових системах позивача та відповідача. До негативного ефекту можна віднести високу ймовірність відмови суду у примусовому стягненні збитків за таким рішенням, а також досить рідкісне використання цих принципів при вирішенні спорів, що можна пояснити, можливо, небажанням наділяти арбітраж таким обсягом повноважень.

Таким чином, принципи *amiable compositeur* і *ex aequo et bono* застосовуються для вирішення інвестиційних спорів як альтернатива звичному арбітражному застереженню щодо застосовного права. Однак сторони часто не йдуть на ризик, адже не завжди зрозуміло, яким чином

арбітри розглядатимуть спір, і на які джерела права посилатимуться, аргументуючи своє рішення.

РОЗДІЛ 3. ДОГОВІРНІ (МАТЕРІАЛЬНО-ПРАВОВІ) МЕХАНІЗМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТОРА

3.1. Значення національності іноземного інвестора при захисті інвестицій

Питання національності іноземного інвестора нерідко викликає складності, зокрема при захисті своїх капіталовкладень від дій держави-реципієнта інвестицій. В епоху глобалізації світової економіки, значна частина іноземних інвестицій спрямовується через складні структури, що складаються з юридичних осіб, зареєстрованих в різних юрисдикціях і належать громадянам різних країн. У таких випадках часто важко визначити сходинку корпоративних сходів, яка визначає національність капіталовкладників. При тому, що навіть національність фізичної особи буває важко визначити, коли багато хто має два і більше громадянства.

Захист іноземного інвестора від примусового вилучення його власності в основному базується на положеннях ДІД. Ці договори укладаються між державою, що прагне захистити своїх громадян при здійсненні інвестиційної діяльності в іноземній державі, і державою-реципієнтом іноземних інвестицій. Відповідно, ДІД обмежують, в разі виникнення спору, переваги держави-реципієнта перед інвесторами, які можуть скористатися таким захистом і підходити під певні базові вимоги про громадянство особи-нерезидента.

Слід не забувати, що хоча ДІД регулюються міжнародним правом, міжнародне право буде посилатися на національне законодавство окремої держави з метою визначення громадянства, оскільки кожна держава може визначати громадянство по-різному, іноді за правилами, які можуть здатися різкими і незвичайними для представників різних правових систем.

Іноземний інвестор має право на звернення до міжнародного арбітражу, якщо його права при здійсненні ним інвестиційної діяльності були порушені державою-реципієнтом. Існує безліч іноземних судових і арбітражних інститутів, де іноземний інвестор може захистити свої права на

капіталовкладення. Основною вимогою будь-якого арбітражу є те, що інвестор, будь то фізична чи юридична особа (корпорація), повинен бути громадянином певної іноземної держави. В даному випадку необхідно звернутися до Вашингтонської конвенції, яка визначає і регулює функціонування Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів.

Стаття 25 Вашингтонської конвенції говорить, що до суб'єктної компетенції Центру належить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, між договірною державою та особою іншої Договірної держави, за умови наявності письмової згоди учасників спору про передачу такого спору на вирішення Центру [35].

В ч. 2 ст. 25 Вашингтонської конвенції докладно визначається коло осіб, які мають право на звернення до ІКСІД:

а) будь-яка фізична особа, яка є громадянином Договірної держави, на відміну від Держави, що виступає в якості сторони в спорі;

б) будь-яка юридична особа, яка є юридичною особою Договірної Держави, на відміну від Держави, що виступає в якості сторони в спорі до дня досягнення згоди про передачу спорів Центру для вирішення шляхом примирення або арбітражу. А також будь-яка юридична особа, яка є юридичною особою Договірної держави, що виступає в якості сторони в спорі, до дня досягнення згаданої згоди, якщо в силу контролю, здійснюваного іноземними особами щодо такої юридичної особи, сторони домовилися про те, щоб розглядати таку юридичну особу в якості особи іншої Договірної держави для цілей цієї Конвенції [35]. Отже, Вашингтонська конвенція чітко визначає вимогу до національності іноземного інвестора, а саме його приналежність до Договірній Державі (учаснику вищезгаданої конвенції).

Однак для визначення того факту, чи має особа національну приналежність до Договірній Державі, необхідно звертатися до

національного законодавства Договірної Держави та/або до міжнародного приватного права. При визначенні національності (громадянства) іноземного інвестора-фізичної особи слід виходити з встановлення правового режиму можливостей і меж правосуб'єктності такої фізичної особи, з якою державою у особи найбільш міцний правовий зв'язок (у разі, якщо особа має кілька паспортів).

Загалом, у міжнародному публічному праві немає положень, які передбачають критерії визначення громадянства фізичної особи. Це також підтверджується змістом статті 1 Гаазької конвенції 1930 року про деякі питання, що стосуються колізії законів про громадянство, де зазначено що «кожна держава самостійно визначає відповідно до власних законів, хто є її громадянином. Ці закони визнаються іншими державами за їх відповідності міжнародним конвенціям, міжнародному звичаю та загальновизнаним принципам права щодо питань громадянства» [37]. Тим не менш, певні норми міжнародного публічного права можуть застосовуватися, а можуть і не застосовуватися або впливати на концепцію громадянства в ДІД. Це також може вплинути на вимогу щодо громадянства та його тривалість чи безперервність.

Так, два принципи загальновизнані в міжнародному праві щодо набуття громадянства фізичними особами – *jus sanguinis* та *jus soli*. Відповідно до принципу *jus sanguinis* громадянство набувається за народженням від громадянина конкретної країни, а згідно з принципом *jus soli* громадянство набувається за народженням на території певної країни, або можлива комбінація обох принципів. Принцип *jus sanguinis* існує в кількох модальностях щодо статусу батька, або одного з батьків, або незаміжньої матері [108, с. 388]. Принцип *jus soli* досить простий у порівнянні з *jus sanguinis*. Дж. Б. Скотт вказує на те, що *jus soli* є об'єктивним принципом, тому він природно застосовується, незалежно від громадянства батьків [187]. Однак передбачається, що цей принцип не повинен

застосовуватися автоматично, наприклад, до дітей осіб, які користуються дипломатичним імунітетом.

Національність іноземного інвестора-юридичної особи зазвичай визначається відповідно до таких норм міжнародного приватного права як, принцип інкорпорації, принцип осілості, принцип центру експлуатації, а також принципу контролю [47, с. 47]. У той же час, необхідно підкреслити, що поняття «національність» не завжди коректно вживати по відношенню до юридичної особи. Слід розділити думку Л.П. Ануфрієвої про те, що при характеристиці юридичних осіб поняття «національність» є умовним, його використовують лише для зручності. Юридично правильним буде застосування поняття «особистого статуту» [47, с. 48]. Однак в нашому випадку, оскільки визначення державної належності стосується не лише іноземного інвестора-юридичної особи, будемо застосовувати поняття «національність».

При визначенні національності юридичної особи відповідно до принципу інкорпорації, критерієм національної приналежності юридичної особи будуть місце заснування або реєстрації головних органів такої особи. Інакше кажучи, юридична особа має національність тієї держави, де вона заснована та, відповідно, законодавством якої держави визначена її цивільна правоздатність. У той же час існують і недоліки ідентифікації національності особи за таким принципом. Звернемо увагу на значну кількість офшорних компаній, які тільки зареєстровані в державі, а по факту, місцезнаходження головного офісу, ведення господарської діяльності відносить таке підприємство до абсолютно іншої держави.

Принцип осілості передбачає віднесення юридичної особи до тієї держави, в якій знаходиться головний орган управління підприємства (правління, рада директорів, інші виконавчі органи компанії). Осілість може бути двох видів:

- статутарна (формальна) – приналежність до тієї чи іншої держави визначено в статуті чи інших статутних документах підприємства.

- ефективна (реальна) – національність визначається згідно з фактичним місцезнаходженням головного органу управління.

С. Субеді зазначає, що «критерій формальної осілості зазвичай призводить до тих же результатів, що і критерій інкорпорації, так як держави, що дотримуються доктрини статутарної осілості вимагають, щоб місце реєстрації юридичної особи та місцезнаходження постійно діючого виконавчого органу (адміністративного центру), зазначеного в установчих документах, збігалися» [196, с. 113].

Принцип центру експлуатації, він же принцип місця ведення основної діяльності полягає в тому, що національність юридичної особи визначається в залежності від того, на території якої держави особа веде виробничу чи комерційну діяльність, що є основною для підприємства. Питання тільки в тому, як бути, якщо юридична особа одночасно здійснює діяльність на території декількох держав, в цьому випадку національність буде визначити досить проблематично. Крім того, місце ведення основної діяльності не складно змінити, з огляду на це даний принцип є дуже нестійким для визначення національності.

Принцип контролю (або ж закон доміцілія) полягає в тому, що національність юридичної особи визначається за громадянством особи, яка фактично є контролером (кінцевим бенефіціаром). Визначення особистого статуту юридичної особи за такою ознакою найчастіше застосовується при включенні підприємства та/або кінцевого бенефіціара до списку санкцій держави. Наприклад, потрапляння підприємства під санкції РНБОУ (Україна), санкції OFAC Міністерства фінансів США (SDN List), санкції OFAC Міністерства фінансів США (Non-SDN), фінансові санкції Великобританії, Австралії, ЄС, Японії, Канади прямо пов’язано саме з національністю юридичної особи. Однак не завжди зрозуміло, як саме визначати особистий статут підприємства при багатонаціональному складі акціонерів і власників компанії. У разі випуску акцій підприємства на пред’явника неможливо відслідковувати перелік усіх власників юридичної

особи, тому цей критерій не завжди є доречним при визначенні національності юридичної особи.

Що стосується можливості звернення в ІКСІД, то критерій контролю підходить для визначення національності іноземного інвестора і його приналежності до Договірної Державі тільки для юридичних осіб, створених у державі-реципієнті іноземних інвестицій. В цьому випадку, критерій контролю застосовується згідно з ч. 2 ст. 25 Вашингтонської конвенції.

Такий спосіб визначення національності іноземного інвестора-юридичної особи передбачений для випадків, коли підприємство, яке веде діяльність на території держави-реципієнта має статус національного, а можливість проводити інвестиційну діяльність, згідно з національним законодавством держави-реципієнта, обмежується лише можливістю придбання акцій (частки) такого підприємства іноземним інвестором [5, с. 272-273].

У практиці ІКСІД достатньо прикладів, коли критерій *ratione personae* мав визначальний фактор для визнання юрисдикції. Розглянемо кілька арбітражних рішень ІКСІД між іноземним інвестором і державою-реципієнтом, де існували в тій чи іншій мірі проблеми визначення національності іноземного інвестора.

У справі *Champion Trading v. Egypt* [111] виник спір після того, як американські інвестори інвестували в торгівлю бавовною в Єгипті через компанію *National Cotton Company* (NCC), яка мала місце реєстрації в державі-реципієнті. Акціонери NCC подали позов проти Єгипту в ІКСІД за порушення ДІД між Єгиптом і США. Позивачами були дві американські компанії, *Champion Trading Company* і *Ameritrade*, і три громадянина США, які були членами сім'ї Вахби. Ці три людини народилися в Сполучених Штатах від батьків, які були громадянами США. Батько, проте, також мав єгипетське громадянство, і цей факт вплинув на рішення ІКСІД. Арбітраж постановив, що члени сім'ї Вахби не мають підстав бути позивачами у цьому спорі. Було встановлено, крім того, що американці були громадянами США,

всі вони також були єгипетськими громадянами і тому не могли бути суб'єктами звернення відповідно до статті 25 (2) Вашингтонської конвенції. Згідно зі статтею 25 (1) Вашингтонської конвенції, ІКСІД підвідомчі спори між Договірною державою і «громадянином іншої Договірної Держави». Стаття 25 (2) говорить, що «*громадянин іншої Договірної Держави*» не включає в себе «*будь-яку особу, у якої в ту чи іншу дату також наявне громадянство Договірної Держави-учасниці спору*». Арбітраж звертався до єгипетського закону, щоб визначити чи були члени сім'ї Вахби громадянами Єгипту. Згідно з єгипетським законодавством, сини єгипетських громадян зберігають це громадянство протягом ста поколінь, незалежно від того, де вони народилися або де вони живуть. Хоча вони ніколи не були в Єгипті, всі діти Вахби (акціонери NCC) були синами єгипетського громадянина і, отже, потрапили в цю категорію. Незважаючи на вищевказаний факт наявності громадянства держави-реципієнта у членів сім'ї Вахби, Арбітраж постановив, що він має юрисдикцію для розгляду позовних вимог *Champion Trading Company* і *Ameritrade*, незважаючи на той факт, що члени сім'ї Вахби є акціонерами цих компаній. Однак ці компанії стали акціонерами NCC тільки після того, як значна частина можливої шкоди вже була нанесена. Тому позовні вимоги до Єгипту можуть бути тільки частково задоволені із початкового розміру заявленої компенсації завданих збитків. Рішення трибуналу про застосування єгипетського законодавства для визначення громадянства відповідає визначенню національності в більшості ДІД.

У пункті, ідентичному для більшості ДІД, розглянутий ДІД між Єгиптом і США, *Champion Trading* стверджує, що згідно зі статтею I (1) (e) вищевказаного ДІД, «громадянин» означає «фізичну особу, яка є громадянином однієї зі сторін відповідно до чинного законодавства». Арбітраж визнав, що для *Champion Trading* існує обмеження правила, згідно з яким закони зазначеної держави застосовуються для визначення громадянства інвестора. Посилаючись на статтю 32 (b) Віденської конвенції про право міжнародних договорів Арбітраж постановив, що: «Можна уявити

собі ситуацію, коли країна продовжує застосовувати *jus sanguinis* (родовід) протягом багатьох поколінь. Наприклад, може виникнути сумнів в тому, що третє чи четверте покоління, яке народилося за кордоном та не має будь-яких зв'язків з країною своїх пращурів, все ж може вважатися таким, для цілей Конвенції, що має громадянство цієї держави» [18].

У справі *Soufraki v. United Arab Emirates* [140], арбітраж відхилив позов, оскільки виявив, що згідно з італійським законодавством, у позивача не було громадянства Італії в момент подачі позову. Одним з основних моментів цієї справи, що представляють інтерес для дослідження, є той факт, що арбітраж дійшов висновку про відсутність юрисдикції згідно з ДІД між Італією і ОАЕ. Хоча містером *Soufraki* були надані докази набуття громадянства Італії та заяву міністра закордонних справ Італії, що позивач був громадянином Італії і міг претендувати на захист згідно з ДІД між Італією і ОАЕ.

Звичайною практикою в інвестиційних угодах є конкретне визначення неупереджених критеріїв, які визначають юридичну особу громадянином або інвестором для цілей договорів. Оскільки інвестори намагаються побудувати свою правову структуру на свою користь, держави також можуть шукати заздалегідь, щоб уникнути претензій від конкретних організацій, на яких приймаюча держава може не захотіти поширювати договірний захист. Таким чином, деякі договори містять «застереження про відмову в наданні пільг», що дозволяє виключати інвесторів з певних категорій та надавати пріоритет національним компаніям. Так, у справі *Plama v. Bulgaria* [175], рішення ІКСІД щодо положень Договору до Енергетичної Хартії щодо тлумачення визначення положень про «відмову в наданні переваг». Враховуючи певну мову ДЕХ, ІКСІД виніс рішення проти Болгарії. Як зазначив представник *Plama,* на відміну від більшості інвестиційних договорів, пункт Договору до Енергетичної Хартії про відмову в наданні переваг не діє як відмова в усіх перевагах для інвестора. Однак він чітко обмежується запереченням деяких конкретних переваг, передбачених Договором. Питання полягало в тому, чи

відмова в наданні пільг згідно зі статтею 17(1) ДЕХ діє автоматично і не вимагає жодних подальших дій з боку приймаючої держави, як стверджував відповідач, чи це вимагає здійснення права на відмову через позитивні дії, вжиті державою перебування, як стверджує позивач. У цьому випадку Болгарія, після того як вона отримала запит на арбітраж, надіслала ІКСІД листа, яким, відповідно до статті 17(1) ДЕХ, вона відмовила позивачу в захисті ДЕХ. Це було зроблено на підставі того, що позивач був «компанією «поштової скриньки», яка не провадила суттєвої комерційної діяльності в Республіці Кіпр» (пункт 31 Рішення), де вона була зареєстрована, і не перебувала у власності чи під контролем громадянина країни, що входить до ЄС. Насправді компанією опосередковано володів француз. Що стосується аргументів Болгарії, трибунал дійшов висновку, що *Plama* в кінцевому підсумку належала французькій особі. Франція є учасником ДЕХ, і тому Болгарія не може відмовити *Plama* в захисті. Болгарія також стверджувала, що розробники ДЕХ мали на увазі надати приймаючій державі пряме та необмежене право відмови, яке може бути використане будь-коли та будь-яким способом. Навпаки, суд чітко дав зрозуміти, що «існування «права» відрізняється від здійснення цього права…» (пункт 155 Рішення). Він також постановив, що: «Ця операція обов'язково буде пов'язана з оприлюдненням або іншим повідомленням, щоб вона стала доступною для інвесторів та їхніх радників. З цією метою може бути достатньо загальної заяви в офіційному бюлетені Договірної Держави; або законодавчого положення в інвестиційному або іншому законодавстві Договірної Держави; або навіть обмін листами з конкретним інвестором або класом інвесторів» (пункти 157-158 Рішення). Крім того, Трибунал вважав, що здійснення цього права не повинно мати зворотної сили.

Виходячи з аналізу більшості справ, що розглядаються ІКСІД, можна зробити висновок, що при виникненні питання щодо національності іноземного інвестора під час вирішення спору арбітраж в першу чергу звертає увагу на наявність у нього юрисдикції для розгляду справи, в тому

числі чи можуть бути застосовані положення конкретного ДІД до тих чи інших правовідносин. Положеннями ДІД в конкретній суперечці може скористатися тільки та сторона, яка володіє громадянством (національністю) однієї з держав-сторін ДІД.

Деякі інвестиційні договори є більш обмежувальними та вимагають, щоб інвестор був громадянином іншої держави, ніж держава, у якій здійснюється інвестиційна діяльність. Однак у все більш глобалізованому світі реальність така, що інвестор може мати більше одного громадянства, включно з державою перебування, що може ускладнити захист інвестицій. У цьому сенсі в міжнародному інвестиційному праві виникає проблема зловживання договорами. Зокрема, питання, яке розглядалося трибуналами в останніх арбітражних справах, полягає в тому, чи може інвестор (який має подвійне громадянство як держави, в яку були зроблені інвестиції, так і іноземної країни) ініціювати арбітражне провадження проти своєї країни.

Здається, що з ситуацією легко впоратися, коли в міжнародних інвестиційних договорах є чітке положення щодо осіб із подвійним громадянством. Це стосується Маврикійсько-Єгипетського ДІД [88] (договір не застосовується до «громадянина однієї держави, який одночасно є громадянином іншої договірної держави») або Швейцарсько-Єгипетського ДІД [89] (визначення інвестора «не включатиме фізичну особу, яка має громадянство обох Договірних Сторін»), або Румунсько-Канадський ДІД 2009 р. [87] (у випадку Румунії, інвестором є «у випадку Румунії «будь-яка фізична особа, яка, відповідно до румунського законодавства, вважається є її громадянином і не має громадянства Канади»). Аналогічні положення згодом були включені у всеосяжній торгово-економічній угоді між Канадою та Європейським Союзом (підписана 30.10.2016), яка замінила раніше укладені ДІД між Канадою та країнами Європейського Союзу (Польща, Хорватія, Чехія, Угорщина, Латвія, Румунія, Словаччина) однією комплексною угодою [116].

Крім того, Вашингтонська Конвенція у своїй статті 25 перераховує вимоги до юрисдикції та чітко розглядає питання подвійного громадянства, приписуючи, що визначення інвестора не включає особу, яка має національність договірної держави, яка є стороною спору. Однак, навіть у випадках, коли міжнародна інвестиційна угода забороняє позов інвестора проти його власної країни, це не забороняє інвестору бути громадянином кількох країн. Таким чином, трибунал все ще повинен визначити сферу своєї власної юрисдикції, вирішивши, чи буде він брати до уваги обидва громадянства як рівні, чи він визначить фактичне громадянство, яке зрештою визначить юрисдикцію трибуналу.

З огляду на вищенаведене стає очевидним, що Вашингтонська Конвенція та інші згадані договори виключають зі сфери дії інвесторів, які мають громадянство приймаючої держави, але незрозуміло, чи слід застосовувати доктрину домінуючого та ефективного громадянства чи ні. Для прийняття рішення з цього приводу, необхідно взяти до уваги кілька факторів.

По-перше, слід зазначити, що принцип ефективного громадянства було дотримано у справі Ноттебома, де було вирішено, що для отримання дипломатичного захисту необхідна наявність справжнього зв’язку між особою та державою. Однак немає згоди щодо того, чи можуть принципи національності, розроблені у сфері дипломатичного захисту, автоматично застосовуватися в арбітражі між інвесторами та державою. Принцип ефективного громадянства був встановлений, коли інвестор не мав інших можливих варіантів захисту своїх прав, а сьогодні інвестор може безпосередньо подати позов проти приймаючої держави. Більше того, для держави розумно наполягати на певному значущому зв’язку у випадку дипломатичного захисту, оскільки на карту поставлено її участь у спорі проти іншої держави від імені її громадянина.

Крім того, Вашингтонська конвенція не містить положення про фактичне громадянство. Таким чином, можна стверджувати, що немає

юрисдикції ІКСІД, коли інвестор має подвійне громадянство з громадянством приймаючої держави, оскільки це положення було навмисно виключено з договору. Іншими словами, негативна вимога громадянства стосується відсутності у інвестора громадянства, тому, на відміну від позитивної вимоги громадянства, негативна вимога вимагає від інвестора довести, що він не має громадянства держави-відповідача, незалежно від чинної національності. Відповідач зобов'язаний довести відсутність юрисдикції, підтвердивши, що інвестор має громадянство приймаючої держави.

З іншого боку, можна стверджувати, що ДІД є частиною ширшої системи, що інтегрує норми з інших джерел міжнародного права, включаючи звичаєве право, і що трибунали можуть застосовувати звичаєве міжнародне право при визначенні дотримання інвестором вимог громадянства. Так, у випадках, коли ДІД не містить положення, яке виключає застосування принципу ефективного громадянства, юрисдикція трибуналу повинна поширюватися на інвестора, лише якщо його домінуюче громадянство є громадянством країни походження. Такий підхід міг би відповідати багатонаціональним реаліям, коли інвестор може мати громадянство приймаючої держави, отримане за народженням, але ніколи не мати істотного зв'язку з нею. Однак нижче буде пояснено, чому ця підстава не може бути прийнята для того, щоб дозволити інвестору подати до суду на власну країну.

Вирішуючи, чи слід задовольняти позов проти власної країни інвестора чи ні, необхідно дотримуватися загальних правил тлумачення, що викладені в статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, які передбачають, що договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору [18], які зазвичай викладені в його преамбулі. Міжнародні інвестиційні угоди укладаються державами походження, які бажають захистити інвестиції своїх громадян у

приймаючій державі, і приймаючими державами, які намагаються залучити іноземні інвестиції. Таким чином, основною метою міжнародних інвестиційних угод є захист інвестицій, здійснених громадянами іншої держави-учасниці – іноземних інвесторів. Крім того, якщо ми знову звернемось до положень Вашингтонської конвенції, то виявимо недвозначне формулювання, яке прямо вказує, що для того, щоб отримати доступ до врегулювання спорів, інвестор повинен бути «громадянином іншої Договірної держави». У цьому сенсі окрема думка професора Вайля у справі *Tokios Tokelés v. Ukraine* має велике значення. Маючи на увазі преамбулу Вашингтонської конвенції, він заявив, що для застосування механізму ІКСІД необхідний «транскордонний потік капіталу» [201]. Хоча деякі договори не містять положення про подвійне громадянство, можливий аргумент про те, що особи з подвійним громадянством мають право подавати до суду на свою власну країну на тій простій підставі, що в міжнародній інвестиційній угоді немає положення, яке б забороняло їм це робити, недостатньо. Метою міжнародної інвестиційної угоди є сприяння врегулюванню спорів між приймаючою державою та приватним іноземним інвестором, а також уникнення вирішення можливого спору в місцевому суді приймаючої держави. Слід мати на увазі, що під час переговорів і укладення договору держава жодного разу не давала згоди на арбітраж із резидентом. Таким чином, навіть якщо буде прийнято підхід, згідно з яким трибунали повинні застосовувати звичаєве правило ефективного громадянства та підтримувати юрисдикцію у разі наявності у інвестора сильнішого зв'язку зі своєю рідною іншою державою, тлумачення згоди держави-реципієнта інвестицій буде сприйматися занадто широко і суперечитиме положенням Вашингтонської конвенції та механізму ІКСІД в цілому.

Однак нещодавня практика показує, що інвестор може знайти спосіб «інтернаціоналізувати» свої претензії проти власних держав через набуття другого громадянства, коли в договорі нічого не йдеться про статус подвійного громадянства. Це сталося у справі ЮНСІТРАЛ – *Serafin Garcia*

Armas and Karina Garcia Gruber v. The Bolivarian Republic of Venezuela [189], де трибунал постановив, що достатньою підставою для його юрисдикції є той факт, що ДІД між Іспанією та Венесуелою не регулює статус подвійного громадянства, тому він дозволив двом венесуельсько-іспанським інвесторам, користуючись захистом ДІД, ініціювати арбітражний розгляд справи за правилами ЮНСІТРАЛ проти Венесуели у м. Париж. Це рішення трибуналу могло встановити сумнівний прецедент та відкрити двері для маніпулювання національністю з боку інвестора як інструменту для отримання доступу до механізму врегулювання спорів, який міститься у відповідному ДІД. У будь-якому випадку, враховуючи все вищесказане, результат справи був би іншим, якби вона була вирішена іншим форумом (наприклад, арбітражем ІКСІД). В той же час, варто повідомити, що остаточним рішенням суду апеляційної палати м. Париж від 03.06.2020 р. [189], після його перегляду касаційним судом Франції та повернення на повторний розгляд, арбітражне рішення ЮНСІТРАЛ від 15.12.2014 р., яке підтверджувало юрисдикцію арбітражу ЮНСІТРАЛ на розгляд справи, було скасовано та присуджено інвесторам сплатити Венесуелі усі судові витрати по справі.

Перш ніж зробити висновок, варто згадати останні події в ЄС. Зокрема, справа *Slovak Republic v. Achmea B.V.* [193], де Суд Європейського Союзу (CJEU) постановив, що арбітражне застереження, яке міститься в статті 8 ДІД між Нідерландами та Словаччиною від 1991 року, має негативний вплив на автономію права ЄС, і є тому несумісний із законодавством ЄС, привернула увагу до майбутніх суперечок всередині ЄС, заснованих на ДІД, але система ЄС також може вплинути на майбутній підхід до питання подвійного громадянства. Концепція європейського громадянства викликає занепокоєння щодо позовів, які інвестори висувають у рамках ДІД між державами-членами ЄС. У цьому сенсі можна стверджувати, що інвестор з «європейським громадянством», що означає, що він має громадянство однієї з держав-членів ЄС, не матиме права подавати до суду на приймаючу державу, якщо це інша держава-член ЄС.

Всупереч висновкам вищенаведеного рішення суду Європейського Союзу, ми погоджуємось із думкою Генерального адвоката Мартіна Уотлета, викладеною 19 вересня 2017 року, який дійшов висновку, що ні ДІД всередині ЄС, ні пункти встановленого законодавством ЄС механізму врегулювання суперечок між інвестором і державою, що містяться в них, не порушують законодавство ЄС. Зокрема, М. Уотлет зазначив, що:

- ДІД не становив дискримінації за ознакою громадянства і, таким чином, не порушував статтю 18 ДФЄС, надаючи преференційний режим голландським інвесторам;

- арбітражний суд, створений згідно зі статтею 8 ДІД між Нідерландами та Словаччиною, був *«судом або трибуналом держави-члена»* у значенні статті 267 ДФЄС і, отже, мав право просити СЄС винести попереднє рішення з питань права ЄС;

- суперечки між інвесторами та державою – на відміну від суперечок між державами-членами – не підпадають під дію статті 344 ДФЄС, і такі суперечки не стосуються тлумачення або застосування Договорів ЄС [212].

Також можна погодитись із думкою Яна Браунлі, що ЄС представляє лише об’єднання держав, а не саму державу, тому громадянство ЄС не є самостійним громадянством, а може існувати лише тоді, коли особа має громадянство певної країни-члена [108, с. 478].

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що у формулюванні більшості ДІД немає ні чіткої вимоги щодо того, як довго фізична особа повинна зберігати своє громадянство, перш ніж зможе скористатися захистом ДІД, а також чи існує така вимога щодо того, як довго необхідно зберігати громадянство після подання запиту на арбітраж. Серед іншого, варто зазначити, що як національне, так і міжнародне публічне право не містять чітких правил щодо визначення тривалості громадянства. Міжнародні арбітражні суди схильні застосовувати формалістичні підходи у випадках, коли виникає питання національності.

З іншого боку, під питанням національності сторони спору мається на увазі питання встановлення національності, а саме дослідження законодавства держави на предмет допустимості та наявності громадянства у фізичної особи-іноземного інвестора, а також питання визначення національності у юридичної особи, прийнятного для розгляду спору згідно з вказаним сторонами ДІД.

Таким чином, національність іноземного інвестора при вирішенні інвестиційних спорів має величезну роль, оскільки від цього фактора залежить правильність вибору способу захисту, можливість звернення до арбітражу, наявність юрисдикції у арбітражу для розгляду спору між сторонами, застосування заявленої позивачем норми права і т.д.

3.2. Критерії визнання проведеної експропріації законною

Правові норми, що визначають інститут експропріації як процес примусового вилучення власності у приватних осіб і які регламентують правову позицію держави-реципієнта як на національному, так і на міжнародному рівні, відіграють величезну роль при визначенні правомірності таких дій з боку держави. На платформі звичаєвого міжнародного права номінальний стандарт захисту власників майна – нерезидентів став обмеженням територіального суверенітету приймаючої держави та захисту іноземної власності. Експропріація іноземної власності ніколи не була заборонена міжнародним публічним правом за умови виконання певних умов.

Експропріацію визначають як комплекс заходів з примусового відчуження окремих об’єктів приватної власності, обмеження права власності на майно, яке перебуває у приватній власності, що здійснюються державою на оплатній основі і з огляду на наявність загальнокорисної мети. У той же час слід відмежовувати поняття експропріації від націоналізації, оскільки остання має на увазі під собою комплекс заходів держави, спрямованих на здійснення соціально-економічних перетворень, що охоплює

конкретний сектор національної економіки, а не окремі об’єкти приватної власності.

У сучасному світі експропріація, націоналізація та інші заходи примусового вилучення не є порушенням міжнародного права. Нормативно-правові акти міжнародного характеру і національне законодавство допускають перехід приватної власності в державну. Однак основна проблема виникнення спорів між державою і приватним власником – правомірність таких дій, дотримання всіх вимог для визнання процедури примусового вилучення власності законною.

Розглядаючи національне законодавство України та норми міжнародного права, які визнаються і дотримуються Україною, слід визначити критерії законності проведення експропріації іноземної власності.

Як вже було зазначено у першому розділі цього дослідження, договір між Україною і Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій від 04.03.1994 р. (далі – Договір), як і в більшості ДІД, передбачає належний порядок експропріації іноземних інвестицій, хоча поняття примусового вилучення власності не міститься. У ст. 3 цього ДІД проте передбачається належний порядок експропріації іноземних інвестицій: «1. Інвестиції не будуть експропрійовані або націоналізовані прямо або побічно шляхом вжиття заходів, рівним за наслідками експропріації або націоналізації (далі іменуються – експропріація), за винятком випадків, коли такі заходи вживаються в суспільних інтересах, не є дискримінаційними, супроводжуються виплатою швидкої, адекватної та ефективної компенсації і відповідно до належного порядку, встановленого законом і загальними принципами режиму, передбаченого статтею II (2) цієї Угоди» [24].

Таким чином, на прикладі ДІД, укладеного між Україною і США, слід чітко розуміти, що експропріація власності іноземного інвестора допустима. У той же час під захистом ДІД знаходяться іноземні інвестиції, які знаходяться під захистом режиму найбільшого сприяння. Стаття 1 вищезгаданого Договору визначає поняття «інвестиції», що включає

«матеріальну і нематеріальну власність» іноземного інвестора, яка знаходиться на території держави-реципієнта. З наведеного випливає, що експропріація власності має проводитись за наявності в держави-реципієнта законних підстав.

Інститут експропріації спрямований на захист громадських інтересів в більшій мірі, ніж прав приватних осіб. Однак поняття «суспільний інтерес» не має чітке формулювання, і представники різних шкіл права по-різному трактують його зміст. Як відомо, ідея суспільного інтересу є фундаментом будь-якої правової норми, незалежно від того, чи стосується така норма до публічного або приватного права. Однак задоволення основних потреб приватних осіб неможливо повсюдно, так як можливі спори і протиріччя між окремими особами в процесі досягнення ними своїх інтересів. Отже, для того щоб задовольнити інтереси всіх приватних осіб, необхідно прийняти рівнозначні норми, які збудують порядок в суспільстві. Оскільки суспільство не є певною окремою одиницею, а становить сукупність приватних осіб, відповідно, сукупність інтересів приватних осіб складає суспільний інтерес, тобто суспільний інтерес має універсальний характер, приймається і повинен прийматися до уваги державою в першу чергу. Інтерес членів суспільства як сукупний інтерес повинен задовольняти права кожної приватної особи, закріплювати недоторканність і охорону таких прав.

М.В. Венеціанов зазначає, що «інститут експропріації знаходиться в тісній залежності від ролі громадського інтересу в цивільному праві. Представники крайнього індивідуалістичного напрямку вимагають повної недоторканності прав приватної особи, в тому числі права власності та інших майнових прав; тому вони дивляться на експропріацію, як на відхилення від загального правила, виключення, яке викликається особливими обставинами, і прирівнюють таким чином цей інститут до права держави, породжуваного станом крайньої необхідності. З цим поглядом не можна погодитися. Експропріація є не винятковим явищем, а загальним правилом; не окремим фактом, а юридичним інститутом; вона не є вторгнення в сферу майнових

прав приватної особи, яке суперечить ідеї цих прав; права ці існують лише в тих межах, в яких вони не зачіпають суттєвих інтересів суспільства» [17]. В якійсь мірі можна погодитися з такою позицією, оскільки громадський інтерес завжди вище приватного, і в разі необхідності захисту суспільного інтересу (наприклад, прийняття зональних законів, справа *Spence International Investments, Holsten, Copher, Berkowitz, Gremillion v. Republic of Costa Rica* [82]) варто використовувати механізм примусового вилучення, але відповідно до критеріїв законності такого вилучення.

Спори, що виникають між іноземним інвестором і державою-реципієнтом, в значній мірі виникають через компенсацію (збитків). У більшості нормативно-правових актів міжнародного характеру, ДІД, національному законодавстві значиться, що експропріація допустима при здійсненні швидкої, адекватної та ефективної компенсації. У той же час виникає питання про розмір присудження компенсації, щоб відновити порушене право іноземного інвестора в повному обсязі. Деякі вчені вважають, що некоректно застосовувати поняття «компенсація» як критерій законності експропріації. Основоположним доводом є формулювання з рішення Постійної палати міжнародного правосуддя (PCIJ) в справі про Хожувской фабриці 1928 року, де сформульована вимога повного відшкодування шкоди, заподіяної актом експропріації, а саме сформульовано, що зобов'язання виплатити відшкодування збитків, завданих в результаті протиправних дій, вважається істотним зобов'язанням: «відшкодування повинно, наскільки це можливо, усунути всі наслідки протиправного діяння і відновити ситуацію, яка, ймовірно, існувала б, якби це діяння не було скоєно» [110]. Звертаємо увагу, що виплата компенсації передбачає позитивну альтернативу виконанню зобов'язання перед кимось, а відшкодування збитків – форма галузевої юридичної відповідальності за заподіяну шкоду. Виходячи з цього, поняття відшкодування збитків більше підходить як критерій законності експропріації, оскільки мета відшкодування

збитків – не заміна виконання зобов'язань, а формування такого майнового стану потерпілої сторони, як якщо б ці зобов'язання були виконані [1, с. 94].

Також зазначимо, що хоча в міжнародному праві існує обов'язок виплати компенсації за націоналізацію іноземної власності, втім невиконання цього обов'язку не ставить під сумнів законність такого заходу. Інакше кажучи, існує загальна згода, що націоналізація, яка не має суспільної мети, і дискримінаційна націоналізація можуть бути незаконними в міжнародному праві. Однак у сучасному міжнародному праві переважна більшість юристів і значна кількість арбітражних рішень дотримуються думки, що держава є найкращим суддею для визначення того, що становить її суспільний інтерес. Відповідно, серед трьох критеріїв (наявність суспільної мети, недискримінаційна основа, обов'язкова компенсація) вимога суспільної мети є найслабшою. З огляду на ці застереження, суспільні цілі та недискримінаційні вимоги, а також компенсація становлять предмет нашого обговорення.

Історично походження принципу наявності суспільної мети слід шукати в поглядах Гуго Гроція, який визначав «суспільну мету» як обмеження повноважень суверена. Ця вимога склала істотну частину «міжнародного мінімального стандарту» і підтримується західними державами. На думку професора Хіггінса, у міжвоєнний період існували певні авторитети, які стверджували, що держава може забирати власність іноземців лише з міркувань суспільних потреб. Згодом концепцію було видозмінено та зазначено, що «сумнівно, чи закон тепер вимагає від держави демонстрації справжньої суспільної необхідності [136, с. 276-277]. У сучасному міжнародному праві загальновизнано, що вимога суспільної мети не є великим обмеженням для націоналізації іноземної власності.

В той же час відсутнє конкретне тлумачення, що саме мається на увазі під «суспільною метою». Хоча цей принцип можна знайти в більшості правових систем, міжнародне право не має власного спеціального визначення.

Тому наразі не можна не погодитись із думкою Джейна, який частково пояснює відсутність чіткого та однозначного визначення «суспільної мети»: «поки міжнародна спільнота як і раніше складається з держав із соціальними системами, настільки відмінними одна від одної, якими вони здаються в даний час, не можна сподіватися на появу узгодженого на міжнародному рівні визначення суспільної корисності» [143, с. 110].

Проте були зроблені деякі спроби визначити принцип. Джиліан Вайт, наприклад, вказує на те, що в міжнародному та національному праві експропріація для суспільно корисних цілей означає, що метою та результатом експропріації має бути користь громади в цілому, а не окремої особи [213, с. 146].

Юристи розходяться в думках щодо того, чи є вимога суспільної мети обмеженням права на експропріацію чужої власності. Загалом, їх можна розділити на три категорії. Першу категорію складають Фрідман [128], Кіссам і Ліч [148], Амерасінгхе [94], Арсанджані [97] та Вайт, які повністю заперечують існування такого обмеження. Так, останній юрист зауважує, що за відсутності будь-яких інших елементів протиправності, таких як дискримінаційні заходи та порушення договірних зобов'язань, проста відсутність мотиву суспільної користі не зробить експропріацію незаконною. На думку Дж. Вайта, суперечить розуму та загальним принципам міжнародного права те, що такі серйозні наслідки повинні випливати з недотримання норми, зміст якої є таким же невизначеним, як і зміст принципу суспільної користі [213, с. 150].

Друга категорія складається здебільшого з авторів більш раннього періоду, які стверджують, що має бути присутня суспільна мета. Серед них можна згадати Вортлі [215], Макнейра [154, с. 243-245], Шварценбергера [186, с. 4]. Третя категорія складається з переважної більшості авторів, які вважають суспільну мету вимогою стверджувати, що держава, яка здійснює націоналізацію, має необмежені повноваження в цьому відношенні. І. Зайдль-Хоэнфельдерн, наприклад, стверджує, що вимога суспільного інтересу

необхідна для законності експропріації, оскільки цей принцип служить корисній меті як гальмо від свавільних арбітражних рішень. Однак він кваліфікував свою позицію, заявивши, що «як правило, відповідна держава буде вважатися найкращим суддею своїх суспільних інтересів» [188, с. 133-134]. У тому ж сенсі М. Пеллонпяя та М. Фіцморіс зазначають, що в сучасному міжнародному праві саме держава має визначити, що вимагає її суспільна мета, і таке визначення, ймовірно, буде скасовано міжнародним трибуналом лише за дуже виняткових обставин [174, с. 63].

Загалом, у сучасному міжнародному праві існує значна одностайність у доктринальній, судовій та державній практиці щодо того, що держава буде найкращим арбітром для визначення того, чого вимагають її суспільні інтереси. Навряд чи можна уявити, що таке визначення може бути переглянуте або скасовано будь-якими судовими чи арбітражними органами. Тим не менш, якщо це обмеження в принципі може служити гальмом від свавільних дій, на практиці воно зводиться до вторинного фактору визначення експропріації незаконної. Коли держава експропріює власність, її основною метою є забезпечення економічних вигод для країни, і вона керується виключно суспільною метою. Таким чином, стверджується, що перевірка суспільної мети для визначення законності заходів націоналізації або відіграє незначну роль, або не відіграє жодної ролі.

Другою умовою традиційного міжнародного права для визнання експропріації законною є відсутність **дискримінації**. Сутність дискримінації полягає в відмінному ставленні до іноземців порівняно з громадянами або до будь-якої окремої групи іноземців порівняно з іншими іноземцями. Стверджується, що якщо власність іноземців націоналізована, а власність громадян залишається недоторканою, такий захід є дискримінаційним і, отже, суперечить міжнародному праву [125, с. 249].

Заохочення «недискримінації», ставлення до іноземних інвесторів, як і до вітчизняних інвесторів за однакових обставин, є однією з основних цілей будь-якого міжнародного інвестиційного режиму. Це свідчить про те, що

випадки дискримінації добре задокументовані та, як було доведено, призводять до результатів, які є небажаними з точки зору державної політики. На практиці це не так. Спроби задокументувати дискримінацію та оцінити переваги «недискримінації» наштовхуються на дивовижні труднощі як у теорії, так і на практиці.

Імовірно, уряд, який дискримінує іноземного інвестора, має небагато інтересу до реклами цього факту. Подібним чином окремий інвестор, швидше за все, зберігатиме конфіденційність переговорів з конкретним урядом. Стимули до цього численні. На карту поставлені майбутні відносини з урядом. Конкуренти можуть отримати корисну інформацію з такого розголошення. Заходи, вжиті для подолання дискримінації, можуть не викликати громадського контролю, наприклад, через корупцію. І, зрештою, сам факт здійснення інвестиції свідчить про те, що вона буде прибутковою, адже шанси є більш прибутковими, ніж інвестиції, зроблені на відкритому ринку, тому інвестор навряд чи буде зацікавлений у розкритті інформації та не має підстав для скарг.

Проте документування інвестицій, які не були здійснені, є проблематичним, оскільки розкриття інформації відбувається рідко, а розкриття інформації, яке відбувається, має частковий та сторонній характер.

В той же час виникає питання про те, чи існує будь-який обов'язок держави не проводити дискримінацію між громадянами та іноземцями. Для деяких відповідь негативна. Згідно з думкою Абі-Сааба, наприклад, неможливо підтвердити, що держава не може дискримінувати громадян та іноземців у здійсненні своїх повноважень щодо націоналізації. Посилаючись на принцип постійного суверенітету над природними ресурсами, він стверджує, що це законне право держави не залишати свою економічну долю чи фундаментальні національні інтереси в чужих руках [84, с. 604].

Друге питання полягає в тому, чи експропріаційні заходи, які прямо спрямовані на єдине та унікальне іноземне підприємство, або які на практиці впливають на нього, є незаконною дискримінацією. На думку Дж. Вайта, «ще

немає жодної норми міжнародного права, яка б передбачала, що держава є винною в незаконній дискримінації, якщо вона націоналізує чужу власність у сфері, де немає національних інтересів, які можуть бути зачеплені» [213, с. 144]. З цієї точки зору націоналізація Англо-Іранської нафтової компанії в 1951 р. та компанії Суецького каналу в 1956 р., які вплинули відповідно на одне й унікальне іноземне підприємство, не є дискримінаційними [94, с. 140].

Націоналізаційні заходи можуть бути спрямовані проти власності певної національності. Чи є обов'язок не дискримінувати різні класи іноземців – це питання, щодо якого погляди вчених-правників розділилися. Дехто стверджує, що оцінка суспільних інтересів залежить від ситуації в економіці відповідної держави, а не від національності власників інтересів. Абі-Сааб проілюстрував свою думку, зазначивши, що у разі, коли більша частина економіки держави контролюється іноземними інвесторами однієї національності, або вони контролюють ключовий сектор економіки, який держава бажає націоналізувати, у таких випадках націоналізаційні заходи стосовно іноземців однієї національності не можна вважати такими, що порушують міжнародне право [84, с. 605]. Інші стверджують, що різне ставлення до іноземців заборонено нормами міжнародного права.

Варто розрізняти, що різниця між різними типами та класами інвесторів не завжди є дискримінацією. Арбітражний суд визнає, що ця вимога була порушена, коли держава дискримінувала іноземних громадян на основі їх громадянства. Експропріація, спрямована на іноземного інвестора, є дискримінаційною, коли ґрунтується на національності інвестора, пов'язана з нею або приймається на її підставі. У справі *ADC v. Hungary* [85] позивачі стверджують, що з ним поводилися дискримінаційно, оскільки вони були єдиними сторонами, залученими до роботи аеропорту. Трибунал у п. 442 Рішення зазначив, що «за наявності дискримінації щодо експропріації має мати різне ставлення до різних сторін». Крім того, трибунал встановив, що, незважаючи на те, що позивачі є не лише іноземними сторонами, яких торкнулися заходи з експропріації, ставлення до оператора, призначеного

Угорщиною, та до іноземних інвесторів у цілому було різним і, отже, дискримінаційним. Також, у справі *Eureko v. Poland* [122] позивач придбав 30% акцій, а пізніше отримав право придбати ще 21% акцій через додаткову угоду до договору. Трибунал постановив, що стосовно дискримінації «заходи, вжиті Польщею у відмові провести IPO (первинне публічне розміщення акцій) для придбання акцій, є явно дискримінаційними... Така дискримінаційна поведінка польського уряду є грубим порушенням очікувань сторін у проведення Договору купівлі-продажу акцій (SPA) та першого додатку». У пункті 242 рішення заходи щодо позивачів було визнано дискримінаційними за їх походженням. Тому проблему дискримінації можна зрозуміти, дивлячись на ставлення до інвесторів.

У справі *Pawlowski and Project Sever v. Czech Republic* [173], що розглядалася на підставі ДІД між Чеською і Словацькою Федеративною Республікою та Швейцарською Конфедерацією (1990 р.), спір виник через зміну положення про зонування, що зачіпає ділянку землі, що належить на праві власності позивачу, придбану для будівництва житлового комплексу в Беніце, районі на південному сході Праги. Так, позивачі стверджують, що Чеська Республіка порушила заборону ДІД щодо «дискримінаційних заходів» і «менш сприятливого ставлення» згідно зі статтями 4(1) і 4(2), оскільки вона схвалила (і повторно закупила) зміни зонування для інші проекти з одночасним припиненням проекту позивача.

Ця справа привертає увагу тим, що арбітражним судом було наведено стандарт доказування дискримінації, зокрема арбітражем було зазначено, що «якщо позов, заснований на дискримінації або порушенні стандартів NT і MFN, має на меті бути задоволеним, необхідно виконати наступний тристоронній критерій:

- по-перше, необхідно визначити відповідний компаратор, тобто інвестора, який перебуває в ситуації, подібній до ситуації позивачів (або інвестицію, яка перебуває в ситуації, подібній до інвестиції позивача в Чеській Республіці);

- по-друге, позивач повинен довести, що Чеська Республіка застосувала до цього компаратора більш сприятливий режим, ніж той, який був наданий *Pawlowski AG i Projekt Sever* або до їх інвестицій у Чеській Республіці;

- по-третє, має бути відсутність розумного або об'єктивного виправдання різного ставлення» [173].

Тобто в цьому кейсі було актуалізовано алгоритм визнання наявності в діях держави-реципієнта дискримінації, що в будь-якому випадку означає необхідність проведення змістовного порівняльного аналізу, зважаючи на те, що тягар доказування покладено на позивача. Таким чином, підстави для подання та захисту прав іноземного інвестора через дискримінаційні заходи держави мають бути обґрунтовані із попереднім дослідженням аналогічних випадків дискримінації щодо інших інвесторів.

Аналогічний висновок було наведено у справі *Total SA v. Argentine Republic* та суд вважав, що дискримінаційне ставлення може бути продемонстровано, якщо інвестор доведе, що держава по-різному ставилася до осіб, які перебувають у подібному становищі. По суті, суд встановив, що: «Для того, щоб визначити, чи є поводження дискримінаційним, необхідно порівняти поводження, яке оскаржується, із поводженням з особами чи речами *в схожій ситуації*. В економічних питаннях критерій «схожої ситуації» або «подібної ситуації» широко дотримується, оскільки це вимагає існування певних конкурентних відносин між цими порівнюваними ситуаціями, які не повинні бути спотворені втручанням держави проти захищеного іноземця. Це невід'ємно від самого визначення терміну «дискримінація» у загальному міжнародному праві, оскільки: «Просто відмінності у поводженні не обов'язково становлять дискримінацію... *загалом можна сказати, що дискримінація виникає, коли до тих, хто є однаковими в усіх матеріальних аспектах, ставляться по-різному,* або коли до тих, хто є різними в матеріальних аспектах, ставляться однаково» [202].

Той же підхід було обрано арбітражем у справі *Olin v. Libya* щодо визначення наявності дискримінаційних заходів держави щодо іноземного

інвестора: «Відповідно, якщо позивач зможе довести, що до нього ставилися менш сприятливо, ніж до особи, яка перебуває в подібному становищі, тоді мало місце дискримінаційне ставлення, якщо тільки відповідач не зможе довести, що таке різне ставлення було виправданим.

Таким чином, у своїй оцінці ймовірного порушення статті 3 Кіпрсько-лівійської угоди ДІД у цій справі Трибунал повинен відповісти на три запитання:

(1) Чи довів Позивач, що *Olin, OKBA* та *Al-Aseel* (юридичні особи-конкуренти позивача) знаходяться в аналогічній ситуації?

(2) Чи довів Позивач, що Лівія поводилася з Олін менш сприятливо, ніж до *OKBA* та *Al-Aseel*?

(3) Якщо відповідь на ці два запитання ствердна, чи довів Відповідач, що різниця у ставленні є виправданою?» [169].

Таким чином, доведення факту здійснення проти іноземного інвестора дискримінаційних заходів з боку держави, чим порушується вимога до законної експропріації фактично зводиться до надання, в процесі розгляду справи, відповідей на вищенаведені питання. Тобто згідно з наведеною вище актуальною арбітражною практикою трибунал під час дослідження доказів має встановити наявність в діях держави-реципієнта дискримінаційних заходів або їх відсутність згідно з усталеним вищенаведеним алгоритмом.

Крім того, акт про експропріацію повинен відповідати закону, тобто експропріація повинна відповідати процедурам, встановленим у місцевому законодавстві, а також міжнародно визнаним правилам, і якщо це пов’язано з судовим провадженням, декларацією чи залученням адміністративного органу, принципи незалежності та неупередженості повинні дотримуватися. Процедура експропріації держави-реципієнта не повинна бути довільною, щоб означати навмисне ігнорування належної правової процедури, акт, який шокує або принаймні дивує почуття юридичної власності. Більшість договорів (ДІД) вказують на належну процедуру законної вимоги щодо законної експропріації, але не розширюють те, що потрібно для доведення

того, що вимога була дотримана. Вимога належної судової процедури більше обговорювалася в прецедентному праві, ухваленому арбітражним судом. Так, у справі *Middle East Cement v. Egypt* [164] судно, яке використовувалося інвестором для здійснення комерційних операцій, було конфісковано та пізніше продано на аукціоні поштовими органами. Трибунал постановив, що спосіб повідомлення позивача про конфіскацію та продаж на аукціоні судна позивача не відповідає вимозі належної правової процедури, оскільки було непряме повідомлення з цього приводу. У справі *ADC v. Hungary* [75] трибунал встановив, що існує порушення вимоги належної правової процедури в тому сенсі, що деякі основні правові механізми, такі як розумне завчасне повідомлення, справедливий розгляд і неупереджений суддя для оцінки дій у спорі недоступні, а тому належна правова процедура при здійсненні експропріації була відсутня. Аналогічно, відсутність розумної можливості протягом розумного часу вимагати своїх законних прав і претензій, які будуть почуті. Тому необхідно дотримуватись процедур і дотримуватись прав тих, хто інвестує. Однак постає питання справедливості закону. Належна судова процедура може бути дотримана, але сам закон може бути суворим, тому процедура також може бути суворою згідно з положеннями законів.

Так, у відповідь на початок повномасштабного вторгнення Російською Федерацією в Україну 24 лютого 2022 року, що спричинило втрати серед військових і цивільного населення, матеріальні втрати та руйнування по всій країні Україна почала терміново розробляти надзвичайне законодавство, спрямоване на підтримку воєнних дій та відшкодування завданих збитків, в тому числі жорсткий порядок експропріації майна нерезидентів, що прямо чи опосередковано мають зв’язки із Російською Федерацією та її агресією.

3 березня 2022 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про основні засади примусового відчуження власності Російської Федерації та її резидентів» [58] (надалі – Закон про експропріацію), який набув чинності 7 березня 2022 року.

1 квітня 2022 року Верховною Радою України було прийнято проект Закону № 7169 «Про внесення змін до Закону України «Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів» щодо уточнення окремих положень» [51] (далі – Закон № 7169), яким ухвалено зміни, що розширюють сферу його застосування, які очікують станом на 27.02.2023 р. на підписання Президентом України та офіційного оприлюднення.

У преамбулі Закону про експропріацію говориться, що він визначає «правові засади примусового відчуження з мотивів суспільної необхідності (у тому числі випадків, коли цього вимагає військова необхідність) активів, що належать Російській Федерації як державі, що розв'язала повномасштабну війну проти України, та її резидентів».

Відповідно до Закону про експропріацію українська держава може конфіскувати активи на своїй території, які належать Російській Федерації як суверенній державі та її резидентам.

«Резиденти» визначені як:

фізичні особи –

1) громадяни Російської Федерації (крім тих, які захищали Україну у війні з Росією),

2) інші особи, які не є громадянами Російської Федерації, але мають з нею найтісніший зв'язок, проживають або ведуть основну діяльність там (початковий текст Закону про експропріацію не містив останнього типу осіб, це було додано Законом № 7169. – *І. А.*);

юридичні особи (їх філії, представництва), які діють відповідно до законодавства України, на її території, учасником (акціонером) або вигодонабувачем яких прямо чи опосередковано є:

– Російська Федерація; та/або

– фізичні особи, визначені вище, у тому числі ті, які виконували управлінські функції або контролювали їх через інших юридичних осіб (незалежно від місця реєстрації) до 24 лютого 2022 року; та/або

– юридичні особи, учасником або бенефіціаром яких є Російська Федерація (прямо або опосередковано), володіють часткою в капіталі, акціях, членських паях або в іншій формі участі в юридичній особі.

Закон № 7169 дозволив Раді національної безпеки і оборони України (РНБО) або суду призначати резидентом для цілей Закону про експропріацію будь-яку фізичну або юридичну особу (незалежно від її національності, основної діяльності тощо), що на постійній основі перебуває за межами України або на тимчасово окупованих територіях України та що публічно заперечує або підтримує військову агресію Росії проти України, встановлення чи посилення тимчасової окупації частини України, або не призупинило та не припинило господарську діяльність на території Російської Федерації на період воєнного стану в Україні.

Тому мета Закону про експропріацію (разом із положенням Закону № 7169) має широкий напрямок дії, не обмежуючись лише Росією та її громадянами. Практично будь-яка особа може бути піддана експропріації активів, якщо вона підтримує російську агресію проти України чи окупацію її території.

До активів належать рухоме та нерухоме майно, гроші, банківські вклади, акції, корпоративні права, інше майно (активи), що знаходяться (зареєстровані) на території України та належать Російській Федерації та її резидентам безпосередньо або через афілійованих осіб.

Статті 3 і 4 Закону про експропріацію встановлюють процедуру експропріації. Рішення про відчуження активів приймається РНБО на підставі проекту, підготовленого Кабінетом Міністрів України.

Рішення повинно містити перелік активів, що підлягають відчуженню, їх ідентифікаційні дані та імена осіб, яким це майно належить.

Рішення РНБО має бути затверджене указом Президента України, а протягом півроку після скасування воєнного стану – постановою Верховної Ради України. Після відчуження майно передається в управління спеціальному українському державному підприємству, створеному

Кабінетом Міністрів України. Таке підприємство ще не створено чи визначено (станом на січень 2023 року).

Реєстрація права власності необхідна лише для нерухомого майна, корпоративних прав і транспорту, тоді як право власності на рухоме майно передається після ухвалення президентом рішення РНБО.

Спочатку закон не вказував, як використовуватимуться відчужені активи. Згідно з Законом № 7169 активи будуть зараховані в рахунок майбутніх репарацій. Тим не менш закон не містить інформації про те, що відбувається з активами тим часом, чи можна їх продати, і якщо так, то як використовувати виручені кошти.

Насамперед, для цілей цього дослідження необхідно визначити законність проведення такої експропріації, та чи відповідають такі дії загальновизнаним критеріям.

У преамбулі Закону про експропріацію прямо зазначено, що він прийнятий «з урахуванням повномасштабної агресивної війни, яку Російська Федерація розв'язала та веде проти України та українського народу, порушуючи норми міжнародного права та вчиняючи злочини проти людства».

Як відомо, експропріація має проводитись на недискримінаційній основі. Звичайний підхід до цієї вимоги полягає в тому, що для існування дискримінації повинне існувати різне ставлення до осіб або організацій за подібних обставин на основі певної характеристики без розумного обґрунтування. Поведінка держави буде дискримінаційною, якщо: схожі випадки, розглядаються по-різному, відсутнє належне обґрунтування (підхід до визначення дискримінаційних заходів наведено вище).

Так, арбітражні суди можуть визнати цю вимогу порушеною, якщо держава дискримінувала іноземних громадян на підставі, у зв'язку з національністю інвестора або на підставі громадянства інвестора. Спочатку закон чітко стосувався виключно до російських активів в Україні. Закон

№ 7169 додає нові категорії інвесторів, які необов'язково повинні бути громадянами Росії, активи яких можуть бути експропрійовані.

Належна процедура: експропріація має відбуватися відповідно до належної процедури встановленої Законом. Трибунали можуть вимагати завчасного повідомлення про експропріацію; процедура згідно з національним законодавством для інвестора, щоб подати претензії проти позову; дотримання цієї процедури; і справедливий розгляд упродовж розумного строку неупередженим суддею. Закон про експропріацію містить словосполучення «основні принципи» у його повній назві, вказуючи на те, що він не містить достатньо детальних положень щодо того, як його слід застосовувати на практиці. Виявляється, що кожен державний орган, який бере участь у процесі експропріації (насамперед Кабінет Міністрів України та РНБО), має розробити власну внутрішню процедуру здійснення конкретного етапу експропріації.

Згідно з Законом № 7169 український суд також може визначити фізичну особу чи компанію як резидента, однак не пояснюється, який суд має юрисдикцію щодо цього питання (можливі варіанти можуть включати суди цивільної, адміністративної чи господарської юрисдикції) за чиєю заявою та які докази необхідно надати суду.

Варто зазначити, що 06.07.2022 р. було зареєстровано законопроект №7526 (станом на 27.02.2023 р. опрацьовується в Комітеті Верховної Ради України з питань економічного розвитку) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо окремих питань передачі примусово вилучених об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів», яким передбачає внесення змін до Закону про експропріацію, зокрема:

«Стаття 4. Правовий режим примусово вилучених в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів

1. Примусово вилучені відповідно до цього Закону об'єкти права власності Російської Федерації та її резидентів за рішенням Кабінету Міністрів України передаються:

1) у господарське відання на тимчасовій або постійній основі спеціалізованим державним підприємствам, установам, організаціям та/або господарським товариствам, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі;

2) у власність суб'єкту господарювання державного сектору економіки, 100 відсотків акцій (часток) яких належать державі;

3) в управління суб'єктам господарювання, 50 і більше відсотків акцій (часток) яких належать державі, шляхом укладення договору управління майном, у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

2. Реєстрація права власності здійснюється відповідно до законодавства за поданням суб'єктів, визначених у частині першій цієї статті.

3. Ухвалення судових рішень про забезпечення позову не зупиняє дії рішення органу державної влади, пов'язаного з примусовим вилученням в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів, та не є підставою для зупинення процесу реєстрації речових прав.

4. Об'єкти права власності Російської Федерації та її резидентів, реєстрація права власності на які не вимагається відповідно до закону, переходять у власність держави з дня введення в дію указом Президента України рішення Ради національної безпеки і оборони України про примусове вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів.

5. Борги державних підприємств, установ та організацій України, та/або господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, права вимоги яких були примусово вилученні відповідно до цього Закону як об'єкти права власності Російської Федерації та її резидентів, вважаються погашеними з дня набрання чинності законом України, яким затверджено указ Президента України, про введення в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України про примусове вилучення відповідних об'єктів права власності

Російської Федерації та її резидентів» [52]. Отже, було дещо деталізовано подальшу процедуру переходу експропрійованого майна у власність держави, визначення критеріїв, яким саме особам може бути передано майно в управління на праві господарського відання, а також особливості реєстрації речових прав на майно, крім того, списано борг державних підприємств, право вимоги яких належало особам, чиє майно було експропрійовано.

Щодо виплати компенсації, то у Законі про експропріацію чітко зазначено, що компенсація не надаватиметься, «зважаючи на повномасштабну агресивну війну, яку Російська Федерація розпочала та веде проти України та українського народу». Положення прийнятого Закону № 7169 визначають, що експропрійовані активи будуть зараховані в рахунок майбутніх репарацій. Оскільки війна все ще триває, а мирна угода наразі не передбачається, неможливо визначити, коли вона буде укладена і чи міститиме вона будь-які положення про репарації (такий підхід був застосований після Другої світової війни по відношенню до німецьких активів, експропрійованих Великою Британією згідно з Законом про торгівлю з ворогом 1939 р.: відповідно до мирних договорів Німеччина зобов'язувалася компенсувати своїм громадянам експропрійоване майно [203]).

У відповідь на претензії іноземних інвесторів Україна може стверджувати, що її заходи є виправданими на підставі «необхідності», як це відображено в міжнародному праві.

Згідно зі статтею 25(1) Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні дії, захист через необхідність може бути використаний для запобігання протиправності акта держави за умови, що закон є єдиним способом для держави захистити істотний інтерес від серйозної та неминучої небезпеки, і це не завдає серйозної шкоди істотним інтересам держави чи держав, щодо яких існує зобов'язання, чи міжнародного співтовариства в цілому. Ці інтереси включають: політичне чи економічне виживання держави; продовження функціонування його

основних служб, підтримання внутрішнього миру; виживання частини його населення; та/або збереження довкілля своєї території або її частини [120].

Враховуючи масштаб військових дій Росії в Україні, її довгострокові цілі та руйнівний вплив, можна стверджувати, що на карту поставлено саме існування України як незалежної політичної одиниці. Економіка України підпала під руйнівний вплив, спричинений воєнними діями, а її фінансова система серйозно пошкоджена, тоді як військові дії потребують величезного фінансування, яке наразі надається переважно західними донорами. Таким чином, експропріація активів держави, безпосередньо відповідальної за завдані збитки, може вважатися заходом, виправданим суспільною необхідністю.

В той же час наразі ця процедура не є остаточно врегульованою, оскільки проект Закону №7169 та проект Закону №7526 ще не підписані президентом та не набрали чинності. Крім того, невідомо, як саме арбітражні суди, у випадку звернення інвесторів, будуть оцінювати дотримання Україною критеріїв законності проведеної експропріації. Хоча суспільна необхідність, належна правова процедура не викликатимуть сумнівів щодо законністю експропріації майна Україною, відкритим залишається питання дискримінаційної основи та виплати компенсації інвесторам.

Так, прийнятий 01.04.2022 р. Закон №7169 додає нові категорії інвесторів, які необов’язково повинні бути громадянами Росії, активи яких можуть бути експропрійовані, та дещо зменшує ефект суттєвої дискримінації, виходячи із суспільної необхідності, та чи буде це вважатися належним та вагомим обґрунтуванням для міжнародних арбітражних установ – наразі невідомо.

Щодо питання виплати належної компенсації, наразі цей критерій законності проведення експропріації навіть на законодавчому рівні відхиляється. Чи буде визнано релевантним заходом для дотримання критерію законності експропріації взаємозарахування репарацій та компенсації за експропріацію, а також за британським прикладом 1939 року

покладення обов'язку відшкодування компенсації іноземним інвесторам на державу-агресора також є сумнівним. У зв'язку з тим, що компенсація має бути адекватною, негайною та повною, у арбітражного суду можуть виникнути питання щодо дотримання даних вимог до компенсації, тому є ризик визнання проведення експропріації незаконною.

В будь-якому разі чинне законодавство України щодо примусового відчуження майна в умовах воєнного стану щонайменше потребує опублікування та прийняття принаймні двох вищезгаданих проектів Закону №7169 та №7526, оскільки невідомо чи підпише Президент України Закон №7169 та чи буде прийнято проект Закону №7526 парламентом.

Більш того, для визнання експропріації законною, необхідна деталізація процедури експропріації на законодавчому рівні, як один із шляхів вирішення може бути звернення до Венеціанської комісії щодо отримання аналізу правових актів та зауважень на усунення наявних недоліків у законопроектах, що допоможе позбутись прогалин у існуючих актах та удосконалити нормативно-правові акти, що регулюють/врегульовуватимуть процедуру експропріації із дотриманням критеріїв її законності.

Відповідно до вищевикладеного, приймаючи до уваги основні критерії законності експропріації, примусове вилучення власності іноземного інвестора можливо і допустимо. Однак на державу накладені зобов'язання по дотриманню належної процедури, виплати компенсації (відшкодування шкоди, збитків – залежно від того, яке формулювання значиться в ДІД між Договірними Державами), відсутності в примусовому вилученні дискримінаційної основи (неможливо експропріювати власність за ознакою приналежності власника до резидента/нерезидента, оскільки національна приналежність в питаннях примусового вилучення має бути відсутня.

Крім того, на етапі формування співпраці України з ЄС у інвестиційному полі важливим аспектом є розширення законодавства у сприянні захисту іноземних інвестицій. Нормативно-правовими актами

передбачено заборону націоналізації іноземних інвестицій та дію національного режиму інвестиційної діяльності. Необхідно зауважити, рівень відповідності норм обох сторін (України та ЄС) недостатньо значний, тому доречно було вказано Т. П. Яхно та З. Я. Макогин щодо необхідності продовжувати процес гармонізації системи стандартизації України відповідно до стандартів, норм і правил Європейського Союзу, а також створити договірно-правову базу, щоб узгодити питання взаємного визнання технологічних стандартів України та ЄС. Дані заходи розширять сфери інвестиційної діяльності та зменшать ризики для іноземних інвесторів, створивши передумови захисту своїх прав та забезпечивши міцний паритет із вітчизняним інвестором, що, в свою чергу, сприятимуть дотриманню критеріїв законності при здійсненні експропріації державою [9, с.32-33].

В той же час, використання даних шляхів вирішення проблеми забезпечення довгострокового інвестування можливе за умов надання гарантій суб'єктам інвестиційної діяльності щодо мінімізації ризиків експропріації інвестицій. Тому виникає необхідність імплементації значної частини нормативно-правових актів ЄС до законодавства України з метою гармонізації законодавств. Як приклад, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку, своїм рішенням №1275 від 28.12.2016, затвердила план імплементації Директиви (ЄС) № 97/9/ЄС від 03.03.1997 щодо схем компенсації інвестору. У преамбулі Директиви мета визначена наступним чином: захист інвесторів і підтримання довіри до фінансової системи є важливим аспектом формування і належного функціонування внутрішнього ринку у цій області; оскільки з цією метою важливо, щоб усі держави-члени мали схеми компенсацій для інвесторів, які б гарантували узгоджений (гармонізований) мінімальний рівень захисту, принаймні, для невеликого інвестора, у випадку, коли інвестиційна компанія буде неспроможною виконати свої зобов'язання перед клієнтами свого інвестора [7, с.54-55].

Варто також згадати, що ринок хмарних технологій знаходиться в процесі становлення, правове регулювання даної сфери на даний час не

сформовано та спірні моменти щодо надання хмарних послуг у повному обсязі не врегульовані. Потреба у стандартизації захисту зберігання та передачі інформації, оцінці рівня наданих послуг потребує у комплексному правовому регулюванні даної сфери відносин. Цей сектор, у більшості випадків, регулюється аналогією закону та поодинокими суміжними правовими актами, цього, звісно, недостатньо [10, с.76-77]. У зв'язку з чим, необхідність адаптації законодавства у інвестиційно-правовому полі до міжнародно-правових стандартів має здійснюватись на макрорівні.

Таким чином, держава-реципієнт має покладатися на національне законодавство, яке встановлює інвестиційний режим (умови ведення інвестиційної діяльності), міжнародні договори (що передбачають захист капіталовкладень іноземного інвестора і протекцію Договірної Держави), а також міжнародні конвенції, які визначають міжнародну економічну діяльність і можливість звернення до міжнародного арбітражу для вирішення виниклого спору.

3.3. Компенсація та відшкодування збитків при експропріації

Актуальність цього питання зумовлена значною кількістю справ, що пов'язанні із втратою майнових прав іноземного інвестора, наприклад, таких, як *Grot and others v. Moldova, Naftogaz and others v. Russia, Oschadbank v. Russia, Aeroport Belbek and Kolomoisky v. Russia, Everest and others v. Russia, Hydro and others v. Albania, Privatbank and Finilon v. Russia, Stabil and others v. Russia, Ukrnafta v. Russia,* тому постає питання, чи можна було уникнути ініціацію таких спорів, навіть в умовах сучасних глобальних політико-економічних процесів.

Слід зазначити, що у вищенаведених справах, розгляд більшості з яких Міжнародним центром з урегулювання інвестиційних спорів (далі – ІКСІД) вже завершено, хоча й тексти рішень більшості з вищенаведених справ офіційно не публікувалися, постало питання компенсації, яка не була

виплачена іноземному інвестору своєчасно, що призвело до арбітражного врегулювання спорів.

Компенсація застосовується у праві в наступних значеннях: 1) відшкодування, винагорода за втрачене або відступлене; 2) спосіб припинення зобов'язання, повністю або частково, шляхом заліку взаємних вимог кредитора та боржника. Відповідно до загальновизнаних умов експропріації, остання повинна здійснюватися на недискримінаційній основі, відповідно до правової процедури, з метою забезпечення суспільних інтересів та з обов'язковою негайною виплатою компенсації. Отже, загальний підхід до розуміння законності проведення націоналізації та експропріації не відрізняється в аспекті виплати компенсації. Умовою законності обох процедур є обов'язкова виплата компенсації власнику майна чи правомочностей.

Наступні міжнародно-правові акти передбачають умови законності експропріації, зокрема обов'язок відшкодування компенсації: ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 20.03.1952 р., ст. 13 Договору до Енергетичної Хартії 1994 р., п. 4 Резолюції 1803 (XVII) Генеральної Асамблеї ООН «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами» від 14.12.1962 р., ст. 2 Хартії економічних прав та обов'язків держав (прийнята Резолюцією 3281 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН від 12.12.1974 р.).

У міжнародному праві існує давній консенсус, що держава не може порушувати міжнародний інвестиційний стандарт (тобто позбавлення іноземного інвестора прав на інвестиції, майно тощо) без надання адекватної компенсації. Незалежно від мотиву, наявності суспільного інтересу, недискримінаційної основи, *de jure* держава не має законних підстав для позбавлення власності без виплати компенсації. Державним секретарем США у 1938 р. Корделлом Халлом уперше була сформульована позиція, відповідно до якої міжнародне право допускає експропріацію за умови виплати швидкої, адекватної та ефективної компенсації («*prompt, adequate and effective*

compensation»). Цей принцип відомий під назвою «формула Халла», яка вперше була заявлена Сполученими Штатами Америки щодо проведеної націоналізації у Мексиці у 1917 році. «Швидка, адекватна та ефективна» компенсація означає, що інвестору має бути надана сума, яка дорівнює загальній вартості експропрійованих інвестицій (адекватна) у вільно переказній та обмінюваній валюті (ефективна). Для декого формула Халла стосується повної компенсації; тобто повне відшкодування завданих збитків і упущеної вигоди. Як правило, ДІД, які приймають цей стандарт, не розрізняють законну та незаконну експропріацію [167].

Відповідальність за ненадання компенсації є основним економічним стимулом для її забезпечення. Недостатній обсяг компенсації може сприяти опортуністичним порушенням з боку держави-реципієнта іноземних інвестицій. Таким чином, питання полягає не тільки у факті виплати компенсації за націоналізацію/експропріацію майна, але й у тому, щоб розмір такої компенсації був наданий у обсязі, що відповідає ринковій вартості націоналізованого/експропрійованого майна.

При цьому слід розрізняти значення термінів «відновлювальної вартості» та «ринкової вартості» при виплаті компенсації за націоналізацію/експропріацію іноземних інвестицій. У справі *Hrvatska Elektroprivreda D.D. v. Republic of Slovenia* [139] арбітраж мав винести рішення щодо вибору між двома конкуруючими компенсаційними заходами. Ініціатор спору, права якого були порушені, наполягав на «відновлювальній вартості», у той час як відповідач схилявся до «ринкової вартості» розрахунку компенсації. Розмір відновлювальної вартості відображає саме розрахунок фактичних втрат, які були понесені хорватською компанією для закупівлі необхідної кількості електроенергії, коли Словенія порушувала договірні зобов’язання із постачання електричної енергії відповідно до Угоди між Хорватією та Словенією, укладеної у 2001 р. Вага «ринкової вартості», яка обґрунтовувалась відповідачем, передбачала видатки на закупівлю електричної енергії з альтернативного ресурсу, враховуючи те, що позивач

придбав необхідний об’єм електричної енергії за рахунок оптимальних дій при здійсненні ринкових операцій, – інакше кажучи, справедливої ринкової оцінки вартості закупівлі електричної енергії з альтернативного ресурсу. Арбітраж наголосив на тому, що справедлива ринкова вартість має значення лише при законній експропріації. Тому, визнаючи, відсутність підстав по справі для визнання експропріації законною, арбітраж погодився із доводами позивача про «відновлювальну вартість» розрахунку компенсації, таким чином розрахунок збитків здійснювався за період з дати виникнення порушення до дати присудження компенсації.

Проте у справі *Teco Guatemala holdings, LLC v. The Republic of Guatemala* [133] арбітражем було прийнято рішення щодо прийнятності «ринкової вартості» при розрахунку компенсації. Тому край важливим при виборі способу розрахунку вартості компенсації є підстави законності. У разі визнання експропріації законною розрахунок компенсації повинен здійснюватися за «ринковою вартістю».

Таким чином, компенсація при здійсненні державою націоналізації чи експропріації є обов’язковою підставою їх законності, за відсутності якої дії держави будуть вважатися неправомірними та порушуватимуть норми міжнародно-правових актів із захисту іноземних інвестицій.

Біля витоків міжнародної практики правозастосування інституту відшкодування збитків при експропріації лежить рішення Постійної палати міжнародного правосуддя (PCIJ) в справі *Chorzow Factory* (1928 р.). У цьому рішенні сформульована вимога повного відшкодування шкоди, заподіяної актом експропріації, а саме сформульовано, що зобов’язання виплатити відшкодування збитків, завданих в результаті протиправних дій, вважається істотним зобов’язанням: «відшкодування повинно, наскільки це можливо, усунути всі наслідки протиправного діяння і відновити ситуацію, яка, ймовірно, існувала б, якби це діяння не було скоєно» [110].

У справі *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. vs Islamic Republic of Pakistan* [146] розглядались трибуналом щодо претензій, що випливають із

передбачуваного незаконного затримання урядом Пакистану чотирьох електрогенеруючих суден, що належать позивачеві, а також передбачуваних порушень договірних зобов'язань щодо оплати виробленої електроенергії, був також підтриманий стандарт визначення компенсації, визначений в справі *Chorzow Factory*. Трибуналом було проведено чітку межу між компенсацією за законну та незаконну експропріацію. Позивач стверджував, що Пакистан не здійснив оплату за рахунками-фактурами, які *Karkey* йому виставив згідно з укладеним контрактом, крім того відповідач позбавив усіх його прав після розірвання контракту, а також користувався його активами, що приносять прибуток (тобто електрогенеруючими суднами). Позивач стверджує, що оскільки експропріація інвестицій *Karkey* була незаконною, а ДІД не містить стандарту компенсації за порушення ДІД, Трибунал повинен застосувати стандарт відшкодування визначений в справі *Chorzow Factory* для компенсації *Karkey*, щоб відновити стан *Karkey*, якби Пакистан не порушив ДІД (*restitutio in integrum*).

Згідно з позицією Пакистану, оскільки ДІД передбачає лише стандарт компенсації, що виплачується у разі законної експропріації, Трибунал зобов'язаний застосовувати стандарт за замовчуванням у звичаєвому міжнародному праві для будь-яких порушень ДІД, таких як незаконна експропріація. Пакистан погоджується з *Karkey* в тому, що стандарт звичаєвого міжнародного права для оцінки збитків описаний Постійною палатою міжнародного правосуддя у справі *Chorzow Factory*. У цій справі суд встановив основний стандарт відшкодування у разі порушення міжнародного зобов'язання таким чином: *«Суттєвий принцип, який міститься у фактичному понятті незаконного діяння – принцип, який, здається, встановлений міжнародною практикою і, зокрема, рішеннями арбітражних судів, – полягає в тому, що відшкодування має, наскільки це можливо, усунути всі наслідки протиправного діяння та відновити ситуацію, яка, ймовірно, існувала б, якби цього діяння не було вчинено. Повернення в натурі або, якщо це неможливо, виплата суми, що відповідає вартості, яку*

принесла б реституція в натурі; присудження, у разі необхідності, відшкодування збитків за понесені збитки, які не будуть покриті реституцією в натуральній формі або виплатою замість неї – це принципи, які повинні слугувати для визначення суми компенсації, яка належить за дію, що суперечить міжнародному праву».

Крім того, стаття 31(1) Статей Комісії з міжнародного права про відповідальність держав від 2001 р. (надалі – КМП) передбачає, що «Держава, яка відповідає за це, зобов'язана повністю відшкодувати шкоду, заподіяну міжнародно-протиправним діянням».

Як зазначив Позивач, статті 35 і 36 статей КМП передбачають, що відшкодування має два компоненти. По-перше, це зобов'язання забезпечити «реституцію», яка вимагає від держави «відновити ситуацію, яка існувала до вчинення протиправного діяння […] тією мірою, якою реституція не є матеріально неможливою». По-друге, «якщо така шкода не компенсується реституцією», Статті КМП визнають зобов'язання держави надати інвестору компенсацію за шкоду, заподіяну міжнародним протиправним діянням держави [146].

Компенсація за міжнародно-незаконну експропріацію не розраховується так само, як за законну експропріацію. Як пояснив суд у справі *Siemens*: «Ключова відмінність між компенсацією [за неправомірне вилучення] згідно зі статтями [КПМ] і формулою справи *Chorzow Factory* та статтею 4(2) ДІД [для законної експропріації] полягає в тому, що згідно з першою компенсація повинна враховувати «всю фінансово оцінену шкоду» або «усунути всі наслідки незаконної дії» на відміну від компенсації, «еквівалентної вартості експропрійованих інвестицій» згідно з ДІД» [146].

З огляду на вищезазначене, *Karkey* мав право на відшкодування збитків, що усунуть наслідки протиправних дій Пакистану та відновить ситуацію, яка існувала б, якби не були такі протиправні дії.

Як наслідок, Трибунал визнав, що позивач повинен отримати компенсацію за збитки та втрачену вигоду, які *Karkey* отримав би, якби

Пакистан не порушив статті III та IV ДІД, а саме в результаті експропріації його прав за контрактом та затримання суден.

Таким чином, відшкодування збитків є однією з форм захисту іноземних інвестицій від незаконних дій з боку держави, в тому числі при незаконній експропріації.

У справі *Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela* [210] хоча трибунал не встановив в діях Венесуели експропріації іноземних інвестицій, все одно стягнув на користь іноземного інвестора компенсацію згідно з ДІД між Іспанією та Венесуелою. Статтею XI (5) ДІД між Іспанією та Венесуелою встановлено, що: «Арбітражне рішення обмежується визначенням того, чи було порушення Договірною Стороною своїх зобов'язань за цією Угодою, чи таке порушення зобов'язань завдало шкоди інвестору іншої Договірної Сторони та, у такому випадку, встановленням розмір компенсації…» В той же час, на відміну від статті V(2) ДІД, цей Договір не визначає стандарт компенсації або конкретну методологію компенсації, застосовувану як наслідок інших порушень, ніж експропріація. Проте стаття XI (5) ДІД чітко та прямо визнає повноваження Трибуналу «встановлювати суму компенсації», пов'язану з порушенням договірною стороною ДІД.

Позивачі стверджують, що вони «мають право на засіб правового захисту відповідно до стандартів, викладених в Угоді, і загального міжнародного права щодо міжнародно-протиправних дій». Трибунал погодився з тим, що принцип всебічного відшкодування згідно зі звичаєвим міжнародним правом застосовується для визначення відшкодування за порушення Венесуелою стандарту найбільшого сприяння, заходів перешкоджання та зобов'язань щодо передачі ДІД. Як встановлено Постійною палатою міжнародного правосуддя у справі *Chorzow Factory*: «Відшкодування повинне, наскільки це можливо, усунути всі наслідки незаконного діяння та відновити ситуацію, яка, ймовірно, існувала б, якби діяння не було вчинено».

Так само Комісія міжнародного права Організації Об'єднаних Націй встановила в статті 31 Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння кодифікацію принципу повного відшкодування. Як розроблено трибуналом у справі *Gold Reserve v. Venezuela* [131], принцип комплексного відшкодування застосовується до порушень зобов'язань, що містяться в інвестиційних договорах: «Звертаючись тепер до відповідних принципів міжнародного права, застосовних до присудження компенсації за порушення стандарту найбільшого сприяння, Трибунал починає з аналізу принципів *Chorzow Factory*. Слід визнати, що це була справа про відповідальність між державами, і, як справедливо зазначив Відповідач, вона не може автоматично застосовуватися до ситуації між інвесторами та державою. Однак у міжнародному інвестиційному праві загальновизнано, що принципи, прийняті у справі *Chorzow Factory,* хоча спочатку викладені в міждержавному контексті, є відповідними принципами міжнародного права, які застосовуються при розгляді компенсації за порушення [двосторонній інвестиційний договір]. Саме ці усталені принципи представляють звичаєве міжнародне право, в тому числі щодо порушень міжнародних зобов'язань за [двосторонніми інвестиційними договорами], які Трибунал зобов'язаний застосовувати. Це підтверджує навіть побіжний аналіз попередніх випадків ICSID, які розглядають це питання. Як зазначено у справі *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* [141]: «Щодо компенсації, основний принцип, який необхідно застосувати, — це принцип, встановлений Постійною палатою міжнародного правосуддя у його рішенні у справі *Chorzow Factory*. Відповідно до цього принципу, відшкодування має якомога більшою мірою усунути наслідки протиправної дії та відновити обставини до ситуації, яка, ймовірно, мала б місце, якби її не було вчинено. Іншими словами, в принципі *Impregilo* має бути поставлено в таку саму ситуацію, в якій вона опинилася б, якби Аргентина не надала несправедливого та нерівного ставлення до своїх інвестицій». [Ці] принципи доповнюють ті, що містяться в статтях про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, зокрема в статті

31, повністю відшкодувати шкоду, завдану порушенням міжнародного зобов'язання. Це, у свою чергу, відображає звичаєве міжнародне право».

Таким чином, Трибунал встановлював суми компенсації, яку має виплатити Венесуела Позивачам внаслідок порушень Договору, встановлених Трибуналом, застосовуючи принцип повного відшкодування.

Крім того, Трибунал зазначив, що тягар доведення наявності збитків або шкоди, яких зазнали Позивачі, лежить на них. Що стосується конкретно причинно-наслідкового зв'язку, то має бути «достатній причинно-наслідковий зв'язок» між протиправною дією та збитками, яких зазнав позивач, щоб вимагати відповідної компенсації. Суд користується широкими дискреційними повноваженнями для визначення доказової сили доказів, наданих сторонами щодо наявності шкоди, визначення причинного зв'язку між протиправною поведінкою та заподіяною шкодою, а також застосовної методології для призначення компенсації.

Однак загальновизнано, що залежно від обставин конкретної справи суди можуть вибрати застосування певних методів оцінки, а також адаптувати їх після оцінки різних аргументів або думок Сторін і доведених ними фактів. Було б важко вважати, що сума компенсації, яка відповідає порушенню зобов'язання в інвестиційному договорі, може бути визначена з науковою достовірністю або абсолютною точністю, навіть якщо є впевненість, що інвестор зазнав певної шкоди. Процес виплати збитків може включати використання певних розумних наближень, також враховуючи, що суд прагнутиме, «наскільки це можливо, усунути всі наслідки незаконних дій і відновити ситуацію, яка, цілком імовірно, мала б існувати, якби діяння не було вчинено». Жодне з вищезазначеного не звільняє Трибунал від присудження компенсації за збитки, зазнані та доведені Позивачами. У термінах, представлених судом у справі *System vs. Kyrgyzstan* [192]:

«*Трибунал також усвідомлює той факт, що всі оцінки за відсутності фактичного продажу є приблизними, і усвідомлює, що Трибунал має юридичний обов'язок винести арбітражне рішення відповідно до процесу,*

який Відповідач добровільно погодився встановити, і що позивач вирішив вести справу вільно та на основі матеріалів, які сторони вирішили надати йому. Це неодмінно вправа в мистецтві можливого; і Трибунал намагався прийти до раціональної та справедливої оцінки відповідно до [двосторонньої інвестиційної угоди] збитків, понесених позивачем, замість того, щоб шукати нездійсненну суму, яка однозначно та беззаперечно є правильним визначенням вартості, втраченої позивачем. Суд знаходить розраду в зауваженні Іммануїла Канта про те, що «з деревини, такої покрученої, як людина зроблена, нічого абсолютно прямого не можна вирізати».

Позиція арбітражів щодо формули стягнення збитків у справі *Chorzow Factory* підтверджується і в справі *Air Canada v. Venezuela*. Трибунал звернувся до укладеного між Канадою та Венесуелою ДІД (1996 р.) для визначення вимог щодо відшкодування збитків або, іншими словами, компенсації за порушення самого ДІД. Єдине посилання на компенсацію в самому ДІД містилось в контексті захисту від експропріації в статті VII, порушення якої Трибунал не встановив. Немає інших посилань чи вказівок щодо цього, зокрема щодо порушення неекспропріаційних норм. Відповідно, Трибунал вдався до положення застосовного права, а саме статті XII(7) ДІД, яка вимагає від нього вирішувати спірні питання, включаючи питання про відшкодування збитків, відповідно до ДІД та застосовних норм міжнародного права. Трибунал вважає, що принцип повного відшкодування, розроблений у справі *Chorzow Factory* і кодифікований у статтях КМП, є фундаментальним принципом звичаєвого міжнародного права, відповідним міжнародним правилом, зокрема в інвестиційному арбітражі, який слід застосовувати при розгляді питань про відшкодування збитків. Крім того, Трибунал зазначив наступне [90]:

«У цій справі це вимагало б усунення наслідків, яких зазнав Позивач у результаті порушення Відповідачем статті VIII та статті II(2) ДІД. По-друге, Трибунал вважає, що тягар доведення шкоди покладається на позивача. Дійсно, як стверджує Відповідач, Позивач повинен довести фактичні та

конкретні збитки. У цьому випадку це означає, що Позивач повинен конкретизувати та довести збитки, яких він зазнав у результаті порушення відповідачем статті VIII та статті II(2) ДІД. По-третє, Трибунал також погоджується з Відповідачем, що вкрай важливо, щоб існував достатній причинно-наслідковий зв'язок між порушенням і завданою шкодою. Причинно-наслідковий зв'язок є не лише передумовою для позову про відшкодування збитків, але також впливає на суму або обсяг збитків, які підлягають компенсації. Якщо буде доведено лише частковий причинно-наслідковий зв'язок, це може призвести до суттєвого зменшення збитків.

По-четверте, є певні випадки, коли право на відшкодування збитків може бути порушено таким чином:

– якщо сторона, яка не порушила зобов'язання, зобов'язана зменшити збитки, але ця сторона цього не зробила; і

– якщо сторона, яка не порушує, певним чином винна, і ця вина сприяє понесеним збиткам, відома як «контрибуюча вина».

Ці принципи, хоча й не викладені в укладеному між позивачем та відповідачем ДІД, є одними з застосовних норм міжнародного права, і в тій мірі, в якій вони посилаються в цій справі, Трибунал повинен взяти їх до уваги.

Крім того, Трибунал мав визначити, чи є заявлена сума належною компенсацією за шкоду, заподіяну порушенням відповідачем стандарту найбільшого сприяння. Незважаючи на те, що в більшості випадках в ДІД немає вказівок на те, що таке належна компенсація за порушення стандарту найбільшого сприяння, Трибунал зазначив, що метою компенсації має бути відновлення Позивача в тому самому фінансовому становищі, в якому він був би, якби не було порушення ДІД. Крім того, у статті 36 Статей КМП зазначено, що «компенсація покриває будь-які збитки, які підлягають фінансовій оцінці, включаючи втрачену вигоду, якщо це встановлено». Таким чином, Трибунал керувався вищенаведеними принципами при визначенні суми компенсації» [90].

У справі *Strabag SE v. Libya* досить важливими та на даний момент актуальними є висновки трибуналу щодо відшкодування збитків, спричинених військовими діями на території держави-реципієнта, особливо у разі неможливості визначення їх розміру. Так, трибунал зазначив, що докази свідчать про те, що *Strabag SE* безумовно зазнав значних збитків, передбачених статтею 5 ДІД, укладеного між Австрією та Лівією. Проте Трибунал нагадав, що на момент подій 2011 року ситуація в Лівії була хаотичною, небезпечною та неспокійною. Це ситуація, в якій міжнародне право не вимагає точних доказів розміру збитку, за умови встановлення факту та значущості збитку. Крім того, коли суму збитків неможливо довести з точністю, як це відображено у справах, переважно прийняте правило не призводить до драконівського відхилення від загальної ціни позову. Навпаки, часткове стягнення може бути дозволено тією мірою, якою суд вважає це належним і справедливим. У зв'язку з цим, Трибунал зауважив, що частину збитків, було завдано повстанцями або силами НАТО; інша частина включала збитки через мародерство цивільних осіб і крадіжки власних співробітників підприємства позивача; і третя частина стала результатом дій лівійських військових у небойовій обстановці. Відповідач не несе відповідальності згідно зі статтею 5 Договору за шкоду, яка спричинена не з вини договірної держави, приймаючої інвестиції. Таким чином, Трибунал визначає, що приблизно одна третина заявлених втрат пов'язана з діями державних сил, які не пов'язані з військовою необхідністю, діями, за які Відповідач несе відповідальність згідно зі статтею 5(2)(b) ДІД [195].

Більш того, у зв`язку з військовою агресією Російської Федерації проти України, на підставі пропозиції Ради національної безпеки і оборони України, відповідно до п. 20 ч. 1 ст. 106 Конституції України, Закону України «Про правовий режим воєнного стану» Указом Президента України №64/2022 від 24.02.2022 р. в Україні введено воєнний стан із 05 години 30 хвилин 24 лютого 2022 року.

Згідно із ч.ч.1-3 ст. 26 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», правосуддя на території, на якій введено воєнний стан, здійснюється лише судами. На цій території діють суди, створені відповідно до Конституції України. Скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється [59].

Отже, навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану конституційні права людини на судовий захист не можуть бути обмежені, зокрема щодо отримання належної компенсації та відшкодування збитків винною особою, у тому числі заподіяних майну іноземних інвесторів.

Наразі існує нагальна необхідність у визначенні порядку отримання компенсації та стягнення збитків, заподіяних воєнними діями, зокрема тимчасовою окупацією територій.

Керуючись укладеною Угодою між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій про сприяння і взаємний захист інвестицій від 27 листопада 1998 р. (надалі – ДІД між Україною та РФ), спробуємо надати пропозиції щодо отримання компенсації іноземним інвестором.

Звертаючись до статті 5 ДІД між Україною та РФ, інвестиції інвесторів однієї з Договірних Сторін, здійснені на території іншої Договірної Сторони, не будуть експропрійовані, націоналізовані або піддані мірам, рівним по наслідках експропріації (далі іменуються – експропріація), за винятком випадків, коли такі міри приймаються в суспільних інтересах в установленому законодавством порядку, не є дискримінаційними і супроводжуються виплатою швидкої, адекватної й ефективної компенсації.

Статтею 6 «Компенсація за втрати» передбачено, що інвесторам однієї з Договірних Сторін, інвестиції яких зазнали втрат на території іншої Договірної Сторони внаслідок війни, цивільних безладь або інших подібних обставин, буде наданий режим не менш сприятливий, ніж той, що остання Договірна Сторона надає інвесторам будь-якої третьої держави у відношенні будь-яких мір, що приймаються нею в зв’язку з такими втратами [71].

В свою чергу, обґрунтовуючи проведення експропріації з боку РФ, інвестор має довести, що РФ здійснює контроль над тимчасово окупованою територією, на якій були порушені їхні права, оскільки стаття 5 містить словосполучення «інвестиції, здійснені на території іншої Договірної Сторони», що може трактуватися як *de jure* «на території України», тому варто обґрунтовувати позовні вимоги через ефективний контроль РФ тимчасово окупованих територій України.

В той же час слід звернутись до тексту арбітражного рішення по справі *Everest and others v. Russia,* арбітражний суд застосовував розширене тлумачення поняття «територія», ніж наведене у частині 4 статті 1 ДІД між Україною та РФ, враховуючи не лише офіційну територію, а ще й *de facto* контрольовану, більш того офіційне визнання такого контролю з боку Російської Федерації може бути відсутнє.

Так, рішення Гаазького апеляційного суду від 19 липня 2022 р. було зазначено наступне:

«*5.3.1 Арбітражний суд встановив, що його компетенція розглядати спір випливає із статті 9 ДІД між Україною та РФ (див. § 127 проміжного арбітражного рішення). У цьому зв'язку арбітражний суд розглянув, серед іншого, таке (див. § 149 проміжного арбітражного рішення): «Коротше кажучи, міжнародне право визнає, що дії, вжиті однією державою, можуть, як юридичні наслідки, встановити чи змінити правові відносини між цією державою та особами, які торкнулися цих дій і перебувають під юрисдикцією та контролем держави…*

…5.4.1 Арбітражний суд постановив, що інвестиції Евересту та ін. слід розглядати як інвестиції на території Російської Федерації після приєднання Криму (§ 163 проміжного арбітражного рішення). Арбітражний суд виходив з того, що територіальна сфера дії ДІД 1998 р. вже поширювалася на Крим до анексії. Анексія Криму не змінила цього територіального охоплення. Термін «територія» включає всю територію сторони. І Російська Федерація, і Україна виходять з того, що Крим був

частиною території з моменту її анексії. У світлі цього не має значення, чи відноситься фраза «визначена відповідно до міжнародного права» у визначенні території виключно до понять «виключна економічна зона і континентальний шельф» або до самого поняття території (§§ 146 к і з 148 проміжного арбітражного рішення)…

…5.4.4 Сторони погоджуються, що Росія де-факто встановила контроль над Кримом. Оскільки Росія стверджує, що її закони не застосовуються в Криму, тому що цього не визнає Україна, суд це ігнорує. Практичне застосування права Російської Федерації в Криму не залежить тією мірою, якою воно має відношення до цього питання, від його визнання Україною. Крім того, Російська Федерація не заперечувала, принаймні, безпідставно, що вона має повну владу в Криму і що там застосовуються її закони. Адже Російська Федерація включила Крим до складу цієї федерації, як видно з наведеного вище склепіння подій у Криму.

5.4.5. Сама Російська Федерація дотримується позиції, що, на її думку, Крим справді належить її «суверенній території». Суд посилається на листа [співробітника Міністерства юстиції Російської Федерації] до арбітражного суду, зазначеного вище, а також на відкликання у цій справі Російської Федерації за ст. 98, де стверджується: «Згідно з Російською Федерацією, Крим на свою суверенну територію з березня 2014 року». Єдиний аспект суверенітету, який відсутній, з погляду Російської Федерації, — це його визнання Україною та міжнародною спільнотою…

…5.4.6 Суд вважає, що Крим підпадає під територію Російської Федерації, як зазначено у статті 1, пункт 4 ДІД 1998 року, на таких підставах:

(i) дослівний текст пункту 4 статті 1 ДІД 1998 року не відноситься до суверенної території;

(ii) відсутня норма міжнародного (договірного) права, згідно з якою під територією у договорі завжди розуміється суверенна територія у тому сенсі, в якому це розуміє Російська Федерація;

(iii) тлумачення пункту 4 статті 1 ДІД 1998 р. відповідно до правил статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів (надалі – Віденська конвенція), згідно з яким три елементи цього положення (текст, контекст та «об'єкт і ціль»)взяті разом сумлінно («добросовісно»), застосовані в межах однієї операції, призводить до висновку, що Крим підпадає під територію Російської Федерації…

…5.4.9. З додавання до визначення території слів "або" і "відповідна" не випливає, що може матися на увазі лише "суверенна територія". Російська Федерація помилково вважає, що тлумачення терміну «територія» як території, над якою держава здійснює юрисдикцію та ефективний контроль, призведе до того, що та сама територія стане частиною території обох Договірних сторін. Зрештою, може бути лише одна сторона, яка здійснює юрисдикцію та ефективний контроль над територією. У випадку Криму це Російська Федерація.

5.4.10. Суд також не приймає позицію Російської Федерації про те, що територія завжди має значення суверенної території у праві міжнародних договорів, незалежно від об'єкта та мети договору. Такий категоричний висновок не можна зробити ні з юридичної літератури, на яку посилається Російська Федерація, ні з міжнародного права. Адже той факт, що загальновизнано, що договори поширюються на всю суверенну територію держави, не виключає того, що договори також можуть діяти і на території, над якою держава здійснює юрисдикцію та ефективний контроль протягом тривалого періоду, як в цьому випадку….»[123].

Отже, остаточним рішенням Гаазького апеляційного суду від 19.07.2022 р. було фактично створено прецедент для усіх подальших справ щодо притягнення РФ до цивільно-правової відповідальності за пряму експропріацію інвестицій у Криму. Крім того, захист інвестицій українських компаній підпадає під дію ДІД між Україною та РФ від 1998 р., оскільки надано роз'яснення визначенню «територія» згідно з вищенаведеним ДІД.

Також вкрай важливим є висновки вищенаведеного рішення щодо поняття «інвестицій» в розумінні їх співвіднесення із ДІД між Україною та РФ та розповсюдження норм останнього на захист від експропріації.

Повторно звертаємось до тексту рішення від 19.07.2022 р., у якому зазначено наступне:

«*5.6.1. У проміжному арбітражному рішенні третейський суд розглянув питання про те, чи існувала суперечка про інвестиції, згадані в ДІД від 1998р. При цьому третейський суд виходив з того, що два визначальні елементи визначення інвестицій є: (i) інвестицією в активи (ii) на території іншої Договірної сторони. На думку арбітражного суду, другий елемент також повертається до статті 12 ДІД від 1998 р., яка стосується «всіх інвестицій, зроблених інвесторами однієї Договірної Сторони на території іншої Договірної Сторони 1 січня 1992 р. або після цієї дати». Арбітражний суд поставив питання про те, чи вимагають ці положення, щоб інвестиції в момент їх здійснення здійснювалися на території іншої сторони. Арбітражний суд відповів на це питання негативно. Якщо вимога одночасності була частиною у пункті 1 статті 1 та статті 12 ДІД від 1998 р., то у захисті відповідно до ДІД 1998 р. категоріям інвесторів буде відмовлено виключно через місце їх інвестицій, тоді як ці інвестиції були зроблені після 1 січня 1992 р. На думку арбітражного суду, вищенаведене не стосується наміру сторін. Роз'яснення, згідно з яким існування інвестиції передбачається, якщо обидва елементи визначення виконані доти, як порушення ДІД від 1998 р. відбудеться, на думку арбітражного суду, відповідає намірам сторін договору. Ця інтерпретація зберігає взаємний характер ДІД від 1998 р. у справі, оскільки Російська Федерація отримує вигоду від інвестицій Евересту та інших, а Еверест та інші отримують вигоду від захисту ДІД 1998 р. Навпаки, пояснення, за яким інвестиції є лише якщо підпадають під дію ДІД 1998 р. та здійснюються на території іншої сторони під час інвестування, призводять до необґрунтованого результату,*

на думку арбітражного суду, що несумісне зі статтею 31 Віденської конвенції…

…5.6.7. Апеляційний суд вважає, що інвестиції Everest та ін., навіть якщо вони знаходились спочатку в Україні, підпадають під термін інвестиції, як зазначено в статті 1, пункт 1 ДІД від 1998 р., на таких підставах:

(i) з буквального формулювання договору не випливає, що інвестиції повинні бути розташовані з самого початку на території іншої договірної держави, щоб кваліфікуватися як інвестиції за значенням договору;

(ii) тлумачення пункту 1 статті 1 ДІД від 1998 року відповідно до стандарту тлумачення статті 31 Віденської конвенції призводить до висновку, що для застосовності договору достатньо, щоб інвестиції, зроблені після 1992 року, були на момент передбачуваного порушення території іншої договірної держави…

…5.6.10. Таким чином, інвестиції, здійснені до 1 січня 1992 року, виключаються з договору, але в умовах договору не можна прочитати жодних часових вимог щодо інвестицій після цієї дати. Іншими словами, з тексту пункту 1 статті 1 від 1998 року, розгляданого в контексті, не випливає, що інвестиції, щоб мати право на охорону, повинні знаходитися на території іншої договірної держави на момент інвестиції. Сторони не заперечують, що інвестиції Everest та інші були зроблені після 1992 року. З цього приводу рішення Cour d'Appel de Paris від 30 березня 2021 року у справі «Ощадбанк» (Російська Федерація проти АТ «Ощадбанк», Cour d'Appel de Paris № 19/04161), не має значення для оцінки цієї справи: Апеляційний суд постановив, що Ощадбанк придбав свої активи до 1992 року…

…5.6.16. Крім того, Російська Федерація вказала на багато рішень арбітражів ДІД, з яких вона стверджувала, що з різних причин випливає, що лише «первісно іноземні інвестиції» мають право на захист відповідно до ДІД від 1998 року. У зв'язку з цим Суд зазначає, що ці справи стосувалися різних договорів і різних фактичних ситуацій. Справи, які мають пряму

аналогію з даною справою, – це арбітражі, ініційовані іншими українськими інвесторами після подій у Криму. У цих випадках арбітражні суди різних складів без винятку постановили, що ДІД від 1998 р. поширюється на (спочатку внутрішні) українські інвестиції, які стали частиною території Російської Федерації в результаті приєднання Криму…

…5.7.4. …Той факт, що Україна офіційно не вважає ці інвестиції іноземними, не робить Еверест та інших некомпетентними утримувати ці інвестиції. Як зазначалося вище, Україна визнає де-факто Російську Федерацію країною, яка здійснює контроль над Кримом, і Україна в цьому відношенні припускає, що саме Російська Федерація несе відповідальність за ці інвестиції в тому сенсі, що зобов'язання – наприклад – не експропріювати без відповідної компенсації тепер лежить на Російській Федерації» [123].

Автор погоджується із висновками суду, оскільки під інвестицією слід розуміти усі види майнових та інтелектуальних цінностей, що мають підпадати під захист ДІД, у разі його знаходження на території, підконтрольній іншій Договірної держави. Крім того, умовами вказаного ДІД між РФ та Україною, який не був зупинений чи денонсований, не передбачено будь-яких обмежень щодо місцезнаходження інвестиції, а саме необхідність перебування майна саме на суверенній території Договірної держави, чи будь-яке темпоральне обмеження щодо одночасності початку інвестування та дії захисних положень ДІД.

Таким чином, вищенаведене рішення має неабиякий позитивний вплив на розгляд аналогічних справ, зокрема тих, що випливатимуть із необхідності стягнення збитків, яких зазнає інвестор через тимчасово окупацію територій та пошкодження знищення майна.

Крім того, за стягненням компенсації та відшкодуванням збитків можна звернутись до українського суду загальної юрисдикції. Обґрунтовуючи наявність юрисдикції щодо розгляду спорів про стягнення компенсації та збитків з РФ, Верховний Суд у постанові від 14.04.2022 р. по справі № 308/9708/19 зазначив наступне:

«Частина перша статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлює судовий імунітет, відповідно до якого пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України.

Як передбачено частиною четвертою статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право», у тих випадках, коли в порушення норм міжнародного права, Україні, її майну або представникам в іноземній державі не забезпечується такий же судовий імунітет, який згідно з частинами першою та другою цієї статті забезпечується іноземним державам, їх майну та представникам в Україні, Кабінетом Міністрів України може бути вжито до цієї держави, її майна відповідних заходів, дозволених міжнародним правом, якщо тільки заходів дипломатичного характеру не достатньо для врегулювання наслідків зазначеного порушення норм міжнародного права. Отже, Закон України «Про міжнародне приватне право» встановлює судовий імунітет щодо іноземної держави за відсутності згоди компетентних органів відповідної держави на залучення її до участі у справі у національному суді іншої держави.

Водночас міжнародно-правові норми про юрисдикційний імунітет держави уніфіковано у двох конвенціях: Європейській конвенції про імунітет держав, прийнятій Радою Європи 16 травня 1972 року, та Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власності, прийнятій резолюцією 59/38 Генеральної Асамблеї 02 грудня 2004 року. Ці Конвенції втілюють концепцію обмеженого імунітету держави, визначають, в якій формі є можливою відмова держави від імунітету («явно виражена відмова від імунітету» на підставі укладеного міжнародного договору чи контракту, або

«відмова від імунітету, яка передбачається», коли іноземна держава вступає у судовий процес і подає зустрічний позов у суді іноземної держави), а також закріплюють перелік категорій справ, у яких держава не користується імунітетом у суді іншої держави-учасниці.

Як Європейська конвенція про імунітет держав 1972 року (стаття 11), так і Конвенція ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власності 2004 року (стаття 12) передбачають, що Договірна держава не може посилатися на імунітет від юрисдикції при розгляді справи в суді іншої Договірної держави, який зазвичай має компетенцію розглядати справи, які стосуються грошової компенсації (відшкодування) у разі смерті чи заподіяння тілесного ушкодження особі чи заподіяння шкоди майну або його втрати в результаті дій чи бездіяльності держави, якщо така дія чи бездіяльність мали місце повністю або частково на території держави суду.

Україна не є учасницею жодної із цих Конвенцій. Однак ці Конвенції відображають тенденцію розвитку міжнародного права щодо визнання того, що існують певні межі, в яких іноземна держава має право вимагати імунітет у цивільному процесі.

У рішенні від 14 березня 2013 року у справі «*Олєйніков проти Росії*» ЄСПЛ вказав, що положення Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власності 2004 року застосовуються «відповідно до звичаєвого міжнародного права, навіть якщо ця держава не ратифікувала її», і Суд повинен брати до уваги цей факт, вирішуючи питання про те, чи було дотримано право на доступ до суду у розумінні пункту 1 статті 6 Конвенції (п. 68, п. 31).

У рішенні від 23 березня 2010 року у справі «Цудак проти Литви» (*Cudak v. Lithuania*) ЄСПЛ також визнав існування звичаєвих норм у питаннях державного імунітету, переважання в міжнародній практиці теорії обмеженого імунітету держави, але наголосив на тому, що обмеження має переслідувати законну мету та бути пропорційним такій меті.

Особливістю правового статусу держави як суб'єкта міжнародних відносин є наявність у неї імунітету, який ґрунтується на загальному принципі міжнародного права «рівний над рівним не має влади і юрисдикції». Однак необхідною умовою дотримання цього принципу є взаємне визнання суверенітету країни, тож коли РФ заперечує суверенітет України та вчиняє щодо неї загарбницьку війну, жодних зобов'язань поважати та дотримуватися суверенітету цієї країни немає.

У міжнародному праві кодифіковані підстави для обмеження судового імунітету іноземної держави внаслідок завдання фізичної шкоди особі або збитків майну, так званий «деліктний виняток» (англ. «*tort exception*»). Умовами, необхідними для застосування «деліктного винятку», є:

1) принцип територіальності: місце дії/бездіяльності має бути на території держави суду;

2) присутність автора дії/бездіяльності на території держави суду в момент вчинення дії/бездіяльності (агента чи посадової особи іноземної держави);

3) дія/ бездіяльність ймовірно може бути привласнена державі;

4) відповідальність за дії/бездіяльність передбачена положеннями законодавства держави суду;

5) завдання смерті, фізичної шкоди особі, збитків майну чи його втрата;

6) причинно-наслідковий зв'язок між діями/бездіяльністю і завданням смерті, фізичної шкоди особі або збитків майну чи його втратою.

Визначаючи, чи поширюється на РФ судовий імунітет у справі, яка переглядається, Верховний Суд врахував таке:

- предметом позову є відшкодування моральної шкоди, завданої фізичним особам, громадянам України, внаслідок смерті іншого громадянина України;

- місцем завдання шкоди є територія суверенної держави Україна;

- передбачається, що шкода завдана агентами РФ, які порушили принципи та цілі, закріплені у Статуті ООН, щодо заборони військової агресії, вчиненої стосовно іншої держави – України;

- вчинення актів збройної агресії іноземною державою не є реалізацією її суверенних прав, а свідчить про порушення зобов'язання поважати суверенітет та територіальну цілісність іншої держави – України, що закріплено у Статуті ООН;

- національне законодавство України виходить із того, що за загальним правилом шкода, завдана в Україні фізичній особі в результаті протиправних дій будь-якої іншої особи (суб'єкта), може бути відшкодована за рішенням суду України (за принципом «генерального делікту).

Додатково Верховний Суд врахував, що юрисдикція судів України поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи (частина третя статті 124 Конституції України). Тобто Верховний Суд виходить з того, що у разі застосування «деліктного винятку» будь-який спір, що виник на її території у громадянина України, навіть з іноземною країною, зокрема й РФ, може бути розглянутий та вирішений судом України як належним та повноважним судом» [50]. Аналогічний правовий висновок наведено Верховним Судом у постанові від 18 травня 2022 року по справі № 760/17232/20-ц.

Отже, відсутність у РФ судового імунітету в питаннях заподіяння шкоди на території України дозволяє звернутися до неї із позовом до суду України. В той же час необхідно зібрати докази, які підтвердять наявність вини та підстав для задоволення компенсації на користь заявника.

Крім того, у статті 8 ДІД між Україною та РФ зазначено право на суброгацію, а саме: Договірна Сторона або уповноважений нею орган, що здійснять платіж інвестору на основі гарантії від некомерційних ризиків у зв'язку з його інвестиціями на території іншої Договірної Сторони, зможуть здійснювати в порядку суброгації права інвестора в тому ж обсязі, що і самий

інвестор. Такі права будуть здійснюватися відповідно до законодавства останньої Договірної Сторони.

Отже, потенційно Україна або уповноважений нею орган може здійснити платіж на користь інвестора на основі гарантії від некомерційних ризиків, а надалі – стягнути з РФ відшкодування у еквівалентному обсязі. У такому випадку, держава має право звернутися з консолідованим позовом до одного із вищенаведених органів, отримати обов'язкове рішення і на основі останнього виконати рішення, реалізуючи майно РФ на території іноземних країн у зв'язку з існуванням юрисдикційного імунітету державного майна.

При дослідженні питання про захист іноземних інвестицій від незаконної експропріації необхідно розмежувати поняття «виплата компенсації» і «відшкодування збитків». Хоча, з огляду на більшість рішень міжнародних арбітражів, компенсація визначається як більш ширше поняття, ніж відшкодування збитків, посилаючись на ст. 36 Статей КМП, вважаємо, що даний аспект необхідно деталізувати.

У статті 10 Закону України «Про режим іноземного інвестування» розмежовуються поняття «виплата компенсації» і «відшкодування збитків», що є ознакою деталізації законодавства про відновлення порушених прав при здійсненні іноземного інвестування. Однак чіткого їх позначення не наводиться. Повертаючись до теорії права, виплата компенсації передбачає собою позитивну альтернативу виконання зобов'язання перед кимось, а відшкодування збитків – форма галузевої юридичної відповідальності за правопорушення. Більш того, при розгляді вищевказаних понять через призму інвестиційно-правових відносин виплата компенсації є одним з умов допустимості примусового вилучення іноземної власності. При сукупності застосування всіх умов (недискримінаційна основа, наявність публічного інтересу, виплата компенсації, відповідність належній правовій процедурі), які, як правило, передбачаються сторонами ДІД, експропріація іноземних інвестицій допускається. В інших випадках примусове вилучення буде незаконним, і за нього має бути присуджено відшкодування збитків. Як

правило, при порушенні зобов'язань відшкодування збитків прямо пов'язане з визначенням точного грошового еквівалента, однак в справі *Texaco v. Libya* про порушення угоди про концесію лівійським урядом арбітраж визначив як відповідного засобу правового захисту виконання в натурі, – іншими словами, зобов'язавши відновлення порушених прав шляхом застосування реституції та відсунувши на другий план інші форми відшкодування збитків, що говорить про багатогранність цього інституту. Отже, слід брати до уваги той факт, що відшкодування збитків можливо і при використанні негрошових методів.

Т.С. Ківалова визначає, що при характеристиці зобовязань відшкодування шкоди мають бути враховані обидва аспекти цього поняття, хоча при визначенні їх поняття, більшу вагу, має «нормативний» (інституціональний) елемент, а при зясуванні суб'єктного складу, змісту тощо на перше місце виступає оцінка та характеристика зобовязань відшкодування шкоди як правовідносин [33, с. 152]. Крім того, під шкодою взагалі розуміють зменшення або знищення майнових чи немайнових (особистих) благ, що охороняються законом. Виступаючи як зменшення наявних майнових, особистих благ, майновою вважається шкода, яка має певну економічну цінність і може бути виражена в грошах [32, с. 19].

На думку І. В. Тордії, з точки зору економічної теорії реалізація права на відшкодування збитків, як правило, призводить до систематичної недооцінки витрат потерпілої сторони. По-перше, компенсація, призначена судом, не враховує суб'єктивної оцінки блага. По-друге, оцінка збитку може виявитися надзвичайно складною. По-третє, даний спосіб захисту цивільних прав спочатку демонструє свою неефективність щодо благ (товарів), недоступних для покупців на відкритому ринку, а також щодо благ, вартість яких не має точного грошового вираження [1, с. 94].

Як правило, відшкодування збитків є не тільки формою захисту іноземних інвестицій, наслідком якої є наступ відповідальності за порушення зобов'язань, але і гарантією, яку надає держава-реципієнт у разі примусового

вилучення титулу власності як такого. Наприклад, в ряді нормативно-правових актів України про іноземні інвестиції закріплені гарантії щодо примусового відчуження іноземної власності. Так, п. 5 ст. 397 ГК України свідчить, що іноземні інвестори мають право вимагати відшкодування збитків, завданих їм внаслідок незаконних дій або бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадовими особами. Збитки іноземних інвесторів повинні бути відшкодовані за поточними ринковими цінами або на основі обґрунтованих оцінок, підтверджених незалежним аудитором (аудиторською організацією) [21].

Таким чином, національне законодавство України передбачає у вигляді гарантії таку форму захисту, як відшкодування збитків для іноземного інвестора в разі вчинення будь-яких незаконних дій (бездіяльності) з боку держави-реципієнта іноземних інвестицій.

У такому випадку необхідно уточнити правову природу збитків як таку. У зв'язку з цим представляється вельми цікавою думка С. Л. Дегтярьова, який вказує, що відшкодування збитків несе в собі якусь динаміку, так як включає в себе не тільки поняття "збитки", а й має на увазі покладання обов'язку на потерпілу сторону по їх доказуванню [1, с. 94]. Так, у справі *Otis v. Iran* [170] арбітражем встановлено наявність причинно-наслідкового зв'язку між діями з боку державних органів і збитками, понесеними інвестором, в якості обов'язкової умови відшкодування збитків. Таким чином, застосування цього виду відповідальності за своєю суттю передбачає вчинення низки певних цілеспрямованих дій, в комплексі утворюють діяльність по відшкодуванню збитків.

Необхідно звернути увагу, що мета відшкодування збитків – не заміна виконання зобов'язань, а формування такого майнового стану потерпілої сторони, як якщо б ці зобов'язання були виконані.

Збитки – виражені в грошовій формі втрата або применшення майнових благ або втрата можливості придбання майнових благ, які є результатом подій або неправомірних дій третіх осіб і в силу закону або

договору підлягають відшкодуванню потерпілій особі за рахунок особи, яка їх заподіяла, з можливістю застосування до останньої заходів державного примусу.

Відшкодування збитків є загальним і основним видом відповідальності в міжнародному комерційному обороті, так само як і в цивільному. Загальним видом відповідальності воно визнається тому, що боржник зобов'язаний відшкодувати кредитору збитки, завдані будь-яким невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань, якщо законом або договором не передбачено інше.

О. В. Трояновський зазначає, що в разі неотримання запланованого прибутку підприємство зазнає втрати, але не зазнає шкоди [67, с. 264], така ситуація якісно відображає специфіку здійснення інвестиційної діяльності, а саме обмеження права на репатріацію отриманих доходів за кордон разом із вільним переміщенням капіталу.

Визначення розміру компенсації і збитків також відрізняється. Розмір збитків визначається на момент фактичного виконання рішення про відшкодування збитків, тоді як компенсація за примусове вилучення іноземних інвестицій визначається на момент припинення права власності на об'єкти інвестицій або на інший момент, свідомо передбачений в ДІД. Як правило, визначення як компенсації, так і збитків входить в компетенцію арбітражів.

Таким чином, при розгляді інституту відшкодування збитків необхідно враховувати фактор законності експропріації з боку держави-реципієнта. Якщо вилучення іноземних інвестицій відбувається на підставах критеріїв допустимості, то має місце виплата негайної компенсації. Відшкодування збитків при експропріації іноземних інвестицій виражається у відновленні порушених прав, як правило, в грошовому еквіваленті, проте іноді відшкодування збитків набуває форму реституції, і відновлення порушених прав відбувається в натурі.

ВИСНОВКИ

У результаті дисертаційного дослідження наведено нове вирішення наукового завдання, яке полягає у визначенні особливостей захисту прав власності іноземного інвестора від експропріації, а саме:

1. Встановлено, що існує переважна кількість формулювань поняття «експропріації». Під експропріацією слід вважати односторонній акт держави в особі державного органу, що здійснюється з підстав суспільної необхідності, має примусовий характер, полягає у вилученні майна та майнових прав особи приватного права на оплатній чи безоплатній основі із подальшим переходом вилученого майна та майнових прав у державну власність. Експропріація розрахована на систематичне використання у повсякденному регулюванні соціально-економічних відносин. Це відрізняє її від суміжних інститутів націоналізації та реквізиції. Націоналізація спрямована на вирішення завдань державного регулювання, що мають стратегічний характер. Реквізиція, у свою чергу, є надзвичайною мірою, її метою є запобігання або ліквідація надзвичайних ситуацій та їх наслідків.

2. У міжнародно-правовій доктрині історично обґрунтовується ідея існування в міжнародному праві звичаєвої норми права, що захищає власність іноземних осіб. Відшкодування збитків як обов’язок держави аргументувалося по-різному: з посиланням на принцип *pacta sunt servanda*, доктрини набутих прав, доктрину безпідставного збагачення, принцип справедливості. У XIX та на початку XX ст. норму про обов’язок захисту власності іноземних осіб у міжнародному праві було підтверджено лише на рівні міжнародних зобов’язань між державами. Найбільш влучно можна сформулювати ретроспективний підхід до захисту прав власності іноземців від експропріації завдяки висловлюванню австрійського юриста А. Фердросса: «держава не повинна довільно порушувати приватні права іноземців».

3. В цілому експропріацію можна поділити на пряму та непряму. Пряма експропріація проводиться за рішенням держави у вигляді прийнятого нормативного припису (акту), що регламентує порядок проведення вилучення майна із приватної власності. Непряма (прихована) експропріація може здійснюватися різними діями, які призведуть до позбавлення власника титулу. В цілому можна виділити такі види непрямої (непрямої) експропріації: 1) за заходами впливу держави на іноземну власність: накладення арешту на банківські рахунки, експортно-імпортні обмеження, зональні закони, посилення законодавства у сфері здійснення інвестиційної діяльності, контроль за здійсненням транзакцій по банківському рахунку, політика необґрунтованого протекціонізму, втручання в управління підприємством з іноземними інвестиціями, примусове відчуження акцій, відмова у доступі до місцевої робочої сили та місцевих матеріалів або, навпаки, примус використовувати місцеву робочу силу та місцеві матеріали; 2) за способом наступу експропріації: повзуча *(creeping expropriation),* наступна *(consequential expropriation),* фактична експропріація *(de facto expropriation).*

4. Виявлено, що в даний час у міжнародному інвестиційному праві як головний регулятор міжнародного ринку інвестицій виступають двосторонні інвестиційні договори (так звані ДІД), проте все активніше впроваджується спосіб багатостороннього регулювання, тому потрібне посилення аргументації фахівців щодо пріоритету регламентації таких інвестицій на багатосторонньому рівні. Центральне місце серед договірних джерел міжнародного інвестиційного права посідають міжнародні інвестиційні договори, оскільки саме вони є причиною виникнення інвестиційних правовідносин та міжнародної інвестиційної діяльності, тому саме від наявного в них захисту залежить збереження/повне відшкодування майна іноземного інвестора.

5. Досліджено, що право будь-якої держави на націоналізацію приватної власності, в тому числі і тої, що належить іноземним фізичним і

юридичним особам, випливає з такого загальновизнаного принципу міжнародного права, як суверенітет держави.

Умови проведення націоналізації визначаються не міжнародним правом, а внутрішнім правом держави, що здійснює націоналізацію. Визнання права власності держави на націоналізоване майно, що переміщується за кордон, є необхідною передумовою здійснення міжнародної торгівлі. Невизнання екстратериторіальної дії акта про націоналізацію підриває міжнародні економічні відносини. Визнання екстратериторіальної дії нормативно-правових актів про націоналізацію випливає з колізійної прив'язки *lex rei sitae*, яка є ключовою при визначенні моменту виникнення і переходу права власності на майно. Тому в разі виникнення відповідних спорів суди зобов'язані, за загальним правилом, керуватися законодавством тієї держави, де була проведена націоналізація.

6. Застосування права, вибраного сторонами правочину, законодавець визначає як один із принципів міжнародного приватного права як галузі права, а також як колізійну формулу прикріплення. Вибір застосовуваного права у національному законодавстві має назву «автономія волі» (*lex voluntatis*). Поряд із цим, обмеженням сторін щодо вибору права є доктрина публічної політики. Загальновизнано, що обраному сторонами праву не буде надано чинності в тій мірі, в якій застосування зазначеного права суперечило б основоположній політиці держави або країни, право якої інакше регулюватиметься.

Суть парасолькового застереження випливає з ДІД та полягає у тому, що кожна договірна сторона дотримуватиметься інших зобов'язань, які вона взяла на себе щодо інвестицій громадян або підприємств іншої договірної сторони на своїй території. Існують різновиди, що доповнюють «*umbrella clause*», наприклад «*floor provision*», сутність якого полягає у тому, що за конкретному договору (зобов'язанні) між інвестором і державою-реципієнтом нічого не винні бути менш сприятливими, ніж ДІД. Якщо умови

конкретної угоди (або зобов'язання) є менш сприятливими, ніж умови ДІД, застосовуються більш сприятливі положення ДІД.

Стабілізаційні положення зазвичай використовують як контрактні положення в приватних угодах між інвесторами та приймаючими державами, які вирішують питання про зміни законодавства в приймаючій державі протягом здійснення інвестиційної діяльності. Загалом, міжнародне інвестиційне законодавство розрізняє три основні типи сучасної стабілізаційної практики: 1) «застереження про заморожування», які звільняють інвестиції від застосування нових законів, «заморожування» законодавства приймаючої держави або в повному обсязі, або обмежені певними сферами регулювання (наприклад, фіскальні питання); 2) «застереження про рівновагу», які покривають фінансові втрати, пов'язані зі змінами законодавства; 3) «гібридні положення», які є комбінацією положень про заморожування та економічної рівноваги, забезпечуючи в доповненні один одного як додатковий рівень захисту інвестиційної діяльності на території держави-реципієнта.

7. Доведено, що у випадку настання несприятливої ситуації для інвестора, головною метою є визначення місця проведення розгляду спору, уникаючи національного суду приймаючої держави, що відкриває необхідність у пошуку рішення щодо перенесення спору за межі держави-реципієнта інвестицій. Суть доктрини *forum non conveniens* (*доктрина неналежного місця проведення розгляду спору*) полягає в тому, що суд може відмовитися від розгляду справи, якщо вважатиме, що спір було б краще розглядати в іншому місці (принцип наявності адекватного альтернативного місця розгляду спору). Застосування доктрини *forum non conveniens* засноване на власному переконанні суду про те, що вирішити спір більш ефективно в аспекті дотримання та захисту інтересів сторін, збереження мети правосуддя буде при перенесенні розгляду такого спору в інше місце. *Forum shopping (вибір місця проведення розгляду спору)* може застосовуватися в контексті багатоконтрактних судових спорів, наприклад, коли пункт про

вибір форуму з одного контракту стверджується або вважається таким, що застосовується як вибір форуму до іншої пов'язаної угоди.

8. Визначено, що учасники підприємницької діяльності зацікавлені не в тривалій, дорогій судовій процедурі, а в гнучких, оперативних формах врегулювання розбіжностей шляхом застосування альтернативних методів вирішення спорів. Отже, перед іноземним інвестором має бути вибір, який спосіб буде більш ефективний і доступний для швидкого, справедливого вирішення спору і відновлення порушених прав. Альтернативними методами вирішення спорів можуть бути консультації (факультативні, обов'язкові), переговори, медіація (посередництво), доарбітражний період врегулювання спору (*Cooling-off period*), заснований на перемовинах.

9. Встановлено, що принцип *lis pendens* (він же принцип контрольованої множинності процесів) спрямований на обмеження права на звернення до суду або арбітраж у справі, коли між тими ж сторонами, з того ж предмета спору процедура розгляду вже розпочато. Проблема застосування принципу *lis pendens* може виникнути також у разі, коли інвестор має вибір пред'явити претензію або за договором, або за ДІД, або як договірну вимогу, так і вимогу за ДІД. Принципи *amiable compositeur* – або принцип мирного/дружнього посередництва, – та *ex aequo et bono* застосовують у тому випадку, якщо сторони спору прямо уповноважили арбітраж діяти у відповідній якості. «Дружньому посереднику» характерний гнучкий підхід в оцінці обставин. Зміст концепції *ex aequo et bono* полягає в тому, що при використанні підходу *ex aequo et bono* прийняття рішення здійснюється на основі *praeter legem* (поза правом, але близько до нього), а при застосуванні принципу справедливості – прийняття рішення здійснюється відповідно до закону, не виходячи за межі правової системи.

10. Встановлено, що під питанням національності сторони спору мається на увазі питання встановлення національності, а саме дослідження законодавства держави на предмет допустимості та наявності громадянства у фізичної особи-іноземного інвестора, а також питання визначення

національності у юридичної особи, прийнятного для розгляду спору згідно з вказаним сторонами ДІД.

11. Доведено, що приймаючи до уваги основні критерії законності експропріації, примусове вилучення власності іноземного інвестора можливо і допустимо. Однак на державу накладені зобов'язання по дотриманню належної процедури, виплаті компенсації (відшкодування шкоди, збитків – залежно від того, яке формулювання значиться в ДІД між Договірними Державами), відсутності в примусовому вилученні дискримінаційної основи (неможливо експропріювати власність за ознакою приналежності власника до резидента/нерезидента, оскільки національна приналежність в питаннях примусового вилучення має бути відсутня.

12. Компенсація за примусове вилучення іноземних інвестицій визначається на момент припинення права власності на об'єкти інвестицій або на інший момент, передбачений в ДІД. Відшкодування збитків є не тільки формою захисту іноземних інвестицій, наслідком якої є настання відповідальності за порушення зобов'язань, але і гарантією, яку надає держава-реципієнт у разі примусового вилучення титулу власності як такого. Визначення як компенсації, так і збитків входить в компетенцію арбітражів, які в обов'язковому порядку враховують фактор законності експропріації з боку держави-реципієнта.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ашихмин И. М. Возмещение убытков как форма защиты иностранных инвестиций от незаконной экспроприации. *Альманах международного права*. 2018. № 20. С. 92-96.

2. Ашихмин И. М. Понятие и виды косвенной (скрытой) экспроприации иностранных инвестиций. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 3. С. 99-101.

3. Ашихмин И. М. Применение принципа lis pendens при разрешении международных инвестиционных споров. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 4. С. 27-30

4. Ашихмин И. М. Принципы amiable compositeur и ex aequo et bono в арбитражной практике разрешения инвестиционных споров. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки».* 2018. № 3. С. 76-79.

5. Ашихмин И.М. Определение национальности иностранного инвестора в спорах с государством-реципиентом. *Юридичний вісник*. 2020. № 3. С. 270-276.

6. Ашихмин И.М. Экстратерриториальное действие актов государства о национализации. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. №1. С. 65-68.

7. Ашихмін І.М. Адаптація національного законодавства України з питань захисту прав інвесторів до права ЄС. *Адаптація правової системи України до права Європейського Союзу: теоретичні та практичні аспекти:* матеріали ІІІ Всеукраїнської за міжнародною участю наук.-практ. конф. (Полтава, 25–26 жовтня 2018 р.). Полтава, 2018. С. 54–55.

8. Ашихмін І.М. Венчурне підприємництво: гарантії прав іноземного інвестора. *Конкурентоспроможність підприємств в умовах трансформаційних процесів в економіці України:* Збірник матеріалів ІІІ Міжвузівської науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих учених, Харків, 14 листопада 2018 р. / Харківський торговельно-економічний інститут КНТЕУ. Харків : ХТЕІ КНТЕУ, 2018. С. 228-229.

9. Ашихмін І.М. Деякі аспекти імплементації правових норм ЄС до національного законодавства України з питань захисту іноземних інвестицій. *Український щорічник з європейських інтеграційних студій Україна – Європейський Союз: від партнерства до асоціації.* 2019. Випуск ІІ. С. 31-38.

10. Ашихмін І.М. Інвестиції в хмарні технології: перспективи правового регулювання в Україні. *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження:* Матеріали другої наук.-практ. конф., 29 лист. 2018 р., м. Київ / Упоряд. : В. М. Фурашев, С. О. Дорогих. – Київ : КПІ ім. Ігоря Сікорського, Вид-во «Політехніка», 2018. 168 с. С. 75-78.

11. Ашихмін І.М. Націоналізація іноземних інвестицій як прояв принципу суверенітету держави. *Політико-правова доктрина державного суверенітету в умовах глобалізації:* матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 100-річчю зі дня народження доктора юридичних наук, професора Л.М. Стрельцова (25.10.1918 – 24.03.1979). Видавничий дім «Гельветика». 2018. С. 114–117.

12. Ашихмін І.М. Форми і методи вирішення інвестиційних спорів: питання вибору оптимального способу захисту прав іноземного інвестора. *Міжнародна науково-практична конференція «Міжнародні стандарти справедливого правосуддя та їх імплементація в українське законодавство».* Юридичний факультет Київського національного університету ім.. Т.Г. Шевченка. (17 грудня 2018 р., м. Київ). К.: Алерта. 2018. С. 250-253.

13. Бабкина Е.В. *Ratione personae* международного центра по урегулированию инвестиционных споров. *Белорусский государственный университет*. С. 102-104.

14. Байдін Ю.В. Державний суверенітет і його межі в умовах європейської інтеграції (питання теорії): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2012. 244 с.

15. Брокгауз Ф. А. Энциклопедический словарь. Т. XXVI-а: Резонанс и резонаторы – Роза ди-Тиволи / Издатели: Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон; Под ред.

К. К. Арсеньева, Ф. Ф. Петрушевского. СПб.: *Типо-Литография И. А. Ефрона*, 1899. 960 с.

16. Вайцеховська О.Р. Міжнародний фінансовий правопорядок: структурно-інституційна характеристика. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України.* 6/2016. С. 51-56.

17. Венецианов М.В. Экспроприация с точки зрения гражданского права. *Казань: типография Императорского Университета*. 1891. 114 с. [Электронный ресурс]//Экономико-правовая библиотека «Vuzlib». URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z659.html (дата звернення 10.09.2018).

18. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text (дата звернення 15.08.2019).

19. Войтович С.А. Разграничение некоторых международно-правовых и гражданско-правовых аспектов в международном инвестиционном арбитраже. *Закон*. 2014. № 4. С. 74-79.

20. Войціховський А.В. Міжнародне право.: підручник/МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків. 2020. 544 с.

21. Господарський кодекс України: Закон України № 436-IV від 16.01.2003 р. [Електронний ресурс]. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003. №18-22. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (дата звернення 10.11.2019).

22. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 р. № 1798–XII. [Електронний ресурс]. Відомості Верховної Ради України. № 6, ст.56. 1992. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/en/1798-12/ed20030607#Text (дата звернення 10.11.2019).

23. Гуляев А. М. Русское гражданское право: обзор действующего законодательства и Проекта гражданского уложения. Пособие к лекциям проф. Имп. Училища правоведения и Имп. Лицея в память цесаревича Николая А. М. Гуляева. Изд. 3-е, доп. / А. М. Гуляев. СПб.: *Тип. М. М. Стасюлевича*, 1912. XII, 500 с.

24. Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_419#Text (дата звернення 20.04.2019).

25. Додатковий протокол між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про внесення змін до Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 21.11.2016 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191_001-16#Text (дата звернення 26.03.2019).

26. Дювернуа Н. Л. Конспект лекций по русскому гражданскому праву. СПб. 1897. 424 с.

27. Закон зарубіжної країни в області МПрП. URL: http://kimo.univ.kiev.ua/MPP/22.htm (дата звернення: 04.06.2021).

28. Зеньков А.В. О понятии экспроприации. Беларусь в современном мире= Беларусь у сучасным свеце: материалы XIII Международной конференции, посвященной 93-летию образования Белорусского государственного университета, 30 октября 2014. *Изд. центр БГУ*. 2014. С.144-146. URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/107732/1/zenkov_BMW_2014.pdf (дата звернення 20.05.2019 р.).

29. Зеньков А.В. Экспроприация: генезис понятия в дореволюционном и советском гражданском праве. *Журнал международного права и международных отношений*. №2. 2013. С. 26-34.

30. Зеньков А.В. Экспроприация: международный стандарт и внутреннее право. *Журнал международного права и международных отношений.* №1. 2015. С. 13–21.

31. Исаченко В. В. Законы гражданские (Свод законов, т. X, ч. 1 изд. 1914 г., по прод. 1914 г.). 1916. 868 с.

32. Ківалова Т.С. Особливості відшкодування шкоди як способу захисту прав інтелектуальної власності. *Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр./ ред кол.: С. В. Ківалов (голов. ред.), Л. І. Кормич (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін [та ін.* Фенікс. Одеса. 2010. Вип. 40. С. 16-26.

33. Ківалова Т.С. Функції інституту зобов'язань відшкодування шкоди /Т.С. Ківалова //Наукові праці Одеської національної юридичної академії: збірник наукових праць. - Одеса: Юридична література. 2008. Т. 7. С. 152-159.

34. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10.06.1958 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070#Text. (дата звернення 20.02.2019).

35. 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 (дата звернення 30.06.2018).

36. Конвенція СНД про захист прав інвестора від 28.03.1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_047#Text (дата звернення: 25.05.2021)

37. Конвенція, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство від 12.04.1930 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_218#Text (дата звернення 12.03.2020).

38. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. No 254к/96-ВР/Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

39. Коссак В. Експропріація і вилучення майна: європейська судова практика. *Право України*. 2016. №1. С. 93-100.

40. Котуха О, Чабан О. Особливості вибору права, що застосовується до договору. *Підприємництво, господарство і право*. №2. 2020. С.42-47.

41. Мальський М. М. Особливості застосування принципів «ex aequo et bono» та «amiable compositeur» у міжнародному комерційному арбітражі і транснаціональному виконавчому процесі. *Право України*. 2016. № 5. С. 57-66.

42. Москалюк Н.Б. Гносеологічні аспекти націоналізації в системі набуття прав державної власності. *Прикарпатський юридичний вісник.* 2017. Випуск 6(21), том 1. С.106-111.

43. Наконечний А.Б. Примусове відчуження земельних ділянок за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Одеса, 2015. 225 с.

44. Никитченко Н.В., Остринський В.О. Проблеми вибору права та його обмеження при укладенні ЕРС-контрактів. *Часопис Київського університету права.* 2020/2. С. 218-222.

45. Никонов С. П. Секвестрация в гражданском праве. Ярославль: Тип. Губ. правл. 1900. [4], IV. 223 с.

46. Победоносцев К. П. Курсъ гражданского права /соч. К. Победоносцева, почетного чл. ун-тов Моск. и С.-Петерб. 2-е изд., с переменами и доп. СПб.: Печатня В. И. Головина. 1873-1890. 3 т. Том 1. 689 с.

47. Погорецька Н.В. Національність юридичної особи. Вісник Донецького державного університету внутрішніх справ. 2013. №3. С. 45-54.

48. Поєдинок В. Захист прав інвесторів у разі експропріації інвестицій. *Jurnalul juridic naţional: teorie şi practică*. №2. 2015. С.98-101.

49. Постанова Верховного суду від 04.11.2021 р. по справі № 910/18029/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101210976 (дата звернення 10.12.2021).

50. Постанова Верховного Суду від 14.04.2022 р. по справі № 308/9708/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104086064 (дата звернення 01.05.2022).

51. Про внесення змін до Закону України «Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів» щодо уточнення окремих положень. Проект Закону №7169. / Верховна рада України. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1256216 (дата звернення 07.06.2022).

52. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо окремих питань передачі примусово вилучених об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів: Проект Закону №7526 від 06.07.2022 р. / Верховна рада України. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1391797 (дата звернення 10.07.2022).

53. Про інвестиційну діяльність: Закон України № 1560-XII від 18.09.1991 р. / Відомості Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1560-12#Text (дата звернення 20.10.2018).

54. Про захист іноземних інвестицій на Україні: Закон України від 10 вересня 1991 року № 1540а-XII / Відомості Верховної Ради України. URL: https://ips.ligazakon.net/document/T1540A0 (дата звернення 20.10.2018).

55. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. №2709-IV/Відомості Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text (дата звернення 10.04.2021).

56. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 №4002-XII./Відомості Верховної Ради України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4002-12?lang=uk#Text (дата звернення 10.04.2021).

57. Про основні засади примусового вилучення в Україні об'єктів права власності Російської Федерації та її резидентів: Закон України від 3 березня 2022 року № 2116-IX/ Верховна рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2116-20#Text (дата звернення 09.04.2022).

58. Про режим іноземного інвестування: Закон України від 19.03.1996 року №93/96-ВР/Верховна рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення 20.10.2018).

59. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 № 389-VIII / Верховна рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення 10.05.2022).

60. Резолюція №1803 (XVII) Генеральної Асамблеї ООН «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_819 (дата звернення 31.10.2018).

61. Резолюція №3201 (S-VI) від 1 травня 1974 року «Декларація про встановлення нового міжнародного економічного порядку». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_339 (дата звернення 25.09.2018).

62. Реформа режиму міжнародних інвестиційних угод: Етап 2. URL: https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciimem4d14_ru.pdf (дата обращения 25.09.2018).

63. Сеульська конвенція про заснування багатостороннього агентства з гарантій інвестицій від 11.10.1985 р. URL:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_268 (дата звернення: 10.12.2018 р.)

64. Синайский, В. И. Русское гражданское право. Вып. 1: Общая часть и вещное право. Киев: [Т. А. Касперский], 1914. VIII. 330 с.

65. Стойка В. М. Захист прав суб'єктів інвестиційної діяльності. дис. … канд. юрид. наук. НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. Донецьк. 2003. 176 с.

66. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж в ред. від 25.05.2007 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_879?lang=uk#Text (дата звернення 12.12.2019).

67. Трояновский А. В. Характеристика категории убытков в конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. *Правова держава.* №21, 2016. С. 263-268.

68. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Йорданського Хашимітського Королівства про взаємне сприяння та захист інвестицій від 30.11.2005 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/400_010. (дата звернення 23.04.2019).

69. Угода між Україною і ФРН про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій від 15.02.1993 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276_415#Text (дата звернення 25.04.2019).

70. Угода між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій від 20.04.1995 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/756_003#Text (дата звернення 25.04.2019).

71. Угода між Урядом Російської Федерації і Кабінетом Міністрів України про заохочення і взаємний захист інвестицій 27 листопада 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_101#Text (дата звернення 17.09.2019).

72. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Албанія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 25.10.2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/008_004#Text (дата звернення 22.05.2019).

73. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 15.12.1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191_004#Text (дата звернення 20.03.2019).

74. Угода СНД про співробітництво в галузі інвестиційної діяльності від 24.12.1993 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/997_491 (дата звернення 28.11.2018).

75. Фесенко О.М. Адміністративно-правовий захист інвестицій в Україні: дис. … д-р. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2021. 474 с. С. 121

76. Хайдеггер М. Исток художественного творения. URL: http://sunkrima.narod.ru/kultura/heidegger_ursprung.pdf. (дата звернення 15.01.2019).

77. Хартія економічних прав та обов'язків держав від 12.12.1974 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_077.(дата звернення 31.03.2019).

78. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44 [Електронний ресурс]. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення 28.10.2021)

79. Числов П. И. Пособие к лекциям по гражданскому праву, торговому праву и торговому судопроизводству: изд. для слушателей авт. на счетовод. курсах Ф. В. Езерского /прив.-доц. П. И. Числов. 3-е испр. изд. Т-во тип. А. И. Мамонтова. Москва. 1903. 230 с.

80. Шалфеев, Н. П. Краткий очерк постановлений важнейших иностранных законодательств об экспроприации / сост. Н. Шалфеев. СПб.: [тип. Второго отд-ния Соб. е. и. в. канцелярии]. 1872. 95 с.

81. Шемшученко С. О. Історична ретроспектива, спроби та зрушення у сфері створення міжнародної системи захисту іноземних інвестицій. *Держава і право*. 2011. № 52. С. 524-529.

82. *A11Y LTD. v. Czech Republic* (ICSID Case No. UNCT/15/1), decision on jurisdiction of 09 February 2017. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-a11y-ltd-v-czech-republic-decision-on-jurisdiction-thursday-9th-february-2017#decision_23 (дата звернення 07.12.2018).

83. Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8954.pdf. (дата звернення 07.06.2021).

84. Abi-Saab G. «Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities» in M Bedjaoui (ed) International Law: Achievements and Prospects. 1991. pp. 597-617.

85. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary. ICSID Case No. ARB/03/16. Award of 2 October 2006. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf (дата звернення 23.03.2020).

86. AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-agip-s-p-a-v-peoples-republic-of-the-congo-sentence-friday-30th-november-1979 (дата звернення 11.02.2020).

87. Agreement between The Government of Romania and The Government of Canada on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. Date of signature 08/05/2009. URL: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3503/download. (дата звернення 03.07.2020).

88. Agreement between The Government of The Republic of Mauritius and The Government of The Arab Republic of Egypt on the reciprocal promotion and protection of investments. Date of signature 28/08/2014. URL: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3285/download (дата звернення 12.01.2020).

89. Agreement between The Swiss Confederation and The Arab Republic of Egypt on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. Date of signature 07/06/2010. URL: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1113/download (дата звернення 08.01.2020).

90. Air Canada v. Bolivarian Republic of Venezuela. ICSID Case No. ARB(AF)/17/1. Award dated 13 September 2021.

https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-air-canada-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-monday-13th-september-2021 (дата звернення 20.02.2022).

91. Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc., Case C-185/07. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0185&from=EN (дата звернення 20.02.2019).

92. Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine. ICSID Case No. ARB/07/16. Award of 08 November 2010. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-alpha-projektholding-gmbh-v-ukraine-award-monday-8th-november-2010 (дата звернення 04.02.2019).

93. Amco Asia Corporation and Others v Republic of Indonesia. ICSID Case No. ARB/81/1. Decision on Annulment of 16 May 1986. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-amco-asia-corporation-and-others-v-republic-of-indonesia-ad-hoc-committee-decision-on-the-application-for-annulment-friday-16th-may-1986 (дата звернення 20.05.2019).

94. Amerasinghe C. F. State Responsibility for Injuries to Aliens . *Clarendon Press. Oxford.* 1967. 324 p.

95. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo. ICSID Case No. ARB/93/1. Award. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf (дата звернення: 14.01.2020 р.)

96. Amir I. Summary of Young-OGEMID Symposium No. 6: “Double Trouble: Parallel Proceedings in International Arbitration (9-18 October 2017)”. *Transnational Dispute Management*. March 2018. P. 3-16.

97. Arsanjani M. H. International Regulation of Internal Resources. A study of law and policy. University Press of Virginia. Charlottesville. 1981. 558 p.

98. Ashykhmin I. Competition of protection measures for damaged rights of foreign investor in disputes with the recipient state. *Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)*. 2020. № 5. P. 4-10.

99. Ashykhmin I. M. The forum shopping doctrine and its application in international investment disputes. *Конгрес міжнародного та європейського права:* матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 19 квіт. 2019 р.) [Електронний ресурс] / МОН України, Нац ун-т «Одес. юрид. акад.» – Одеса : Фенікс, 2019. – С. 72-75.

100. Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka. ICSID Case No. ARB/87/3. Final Award. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf (дата звернення: 14.03.2019 р.)

101. Atlantic Triton Co Ltd v People's Revolutionary Republic of Guinea. ICSID Case No. ARB/84/1. Award on April 21, 1986. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-atlantic-triton-company-limited-v-peoples-revolutionary-republic-of-guinea-sentence-monday-21st-april-1986#decision_1024 (дата звернення: 22.04.2019 р.)

102. Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino. 376 U.S. 398, 424.1964. URL: https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-banco-nacional-de-cuba-v-sabbatino (дата звернення: 04.02.2019 р.)

103. Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru. ICSID Case No. ARB/14/2. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf (дата звернення 31.07.2018).

104. Belize Social Development Ltd v Government of Belize, 19, U.S. (2017). URL: https://www.paulhastings.com/insights/client-alerts/us-supreme-court-leaves-unresolved-circuit-split-on-forum-non-conveniens-defense-in-foreign-arbitration-award-enforcement-actions (дата звернення: 04.02.2021 р.)

105. Bělohlávek A. J. Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur. Czech (&Central European) Yearbook of Arbitration. 2013. Vol. 3. P. 25-53.

106. Benvenuti and Bonfant Srl v People's Republic of the Congo. ICSID Case № ARB/77/2. Award of Aug 8, 1980. URL:

https://jusmundi.com/en/document/decision/en-s-a-r-l-benvenuti-bonfant-v-peoples-republic-of-the-congo-award-friday-8th-august-1980 (дата звернення: 11.06.2018 р.)

107. Brengesjö E. Lis Alibi Pendens in International Arbitration Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches. Thesis in Procedural Law. Stockholm. 2013. 79 p.

108. Brownlie I. Public International Law. *Oxford University Press*. 6th ed. 2003. 784 p.

109. *Monegasque*, The Ins and "Outs" of Domestic Forum Selection Clauses in ICSID Arbitral Disputes, Vol. 46 №3 N.C. J. INT'L L. 2021. P. 473-504.

110. Case Concerning the Factory of Chorzow. Judgment No. 8. Claim for Indemnity. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-factory-at-chorzow-merits-judgment-thursday-13th-september-1928 (дата звернення: 04.07.2018 р.)

111. Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba and Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt. ICSID Case No. ARB/02/9. Decision on Jurisdiction, 21 October 2003. URL: www.worldbank.org/icsid/cases/champion-decision.pdf. (дата звернення 10.01.2019).

112. CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic. Partial Award of September 13, 2001. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf (дата звернення 21.06.2018).

113. CMS Gas Transmission Company v. Argentina. ICSID Case No ARB/01/8. Award, signed 12 May 2005, (hereinafter, “CMS v. Argentina”). URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf (дата звернення 10.01.2019).

114. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic. ICSID Case No ARB/97/3. Award of 21 November 2000. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0206.pdf (дата звернення 11.10.2018).

115. Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica. ICSID Case № ARB/96/1. Award from 17.02.2000. URL:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf. (дата звернення 08.12.2018).

116. Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union. Date of signature 30/10/2016. Treaty investment chapter 8 “Investment”. URL: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5380/download (дата звернення 11.11.2020).

117. Cotula Lorenzo. Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: Towards a Rethink of Stabilization Clauses. 1 JWELB. 2008. pp. 158-179.

118. Dolzer R., Stevens M. Bilateral investment treaties. *Kluwer Academic Publishers*. 1995. 330 p.

119. Dolzer Rudolf, Schreuer Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford, New York. Oxford University Press. 2008. 433 p.

120. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (дата звернення 09.02.2020).

121. El Paso Energy International Co v. Argentina. ICSID Case No ARB/03/15. Decision on Jurisdiction signed 27 April 2006. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf (дата звернення 01.12.2018).

122. Eureko B.V. v. Republic of Poland (“Eureko v. Poland”). Ad hoc arbitration. Partial Award of 19 August 2005. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf (дата звернення 08.08.2018).

123. Everest Estate LLC, Edelveis-2000 PE, Fortuna CJSC and others v. The Russian Federation. PCA Case No. 2015-36. Judgment of the Hague Court of Appeal adopted on 19 July 2022. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/nl-everest-estate-llc-edelveis-2000-pe-fortuna-cjsc-and-others-v-the-russian-federation-

uitspraak-van-het-gerechtshof-in-den-haag-tuesday-19th-july-2022#decision_25793 (дата звернення 31.07.22).

124. Faruque Abdullah. Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses, Legal Protection vs. Functional Value. *Journal of International Arbitration.* Vol. 23, No. 4. 2006. P. 317-336.

125. Fatouros A.A. Government Guarantees to Foreign Investors. Columbia University Press. New York. 1962. 392 p.

126. Fedax N.V. v. Republic of Venezuela. ICSID Case No. ARB/96/3. Award of March 9, 1998. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0316_0.pdf (дата звернення 13.03.2019).

127. Figueiredo Ferraz e Engenharia de Projeto Ltda. v. Republic of Peru. Case No. 09-3925. US Court of Appeals for the Second Circuit. Decision on Dec. 14, 2011. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/09-3925/09-3925.combined_opn-2011-12-14.html (дата звернення 10.02.2019).

128. Final Act of the European Energy Charter Conference. Understandings. URL:https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_Final_Act.pdf (дата звернення 17.04.2019).

129. Friedman S. Expropriation in International Law. *Greenwood Press*. January 1, 1953. 236 p.

130. Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine. ICSID Case No. ARB/00/9. Award of September 16, 2003. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf (дата звернення 10.06.2018).

131. Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela. ICSID Case No. ARB(AF)/09/1. Award dated 22 September 2014. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-gold-reserve-inc-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-monday-22nd-september-2014# (дата звернення 11.02.2022).

132. Goode Roy. Rule, Practice, and Pragmatism in International Commercial Law. International and Comparative Law Quarterly. Vol. 54, No. 3. Jul., 2005. P 539-562.

133. Guatemala holdings, LLC v. The Republic of Guatemala. ICSID Case No. ARB/10/23. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3035.pdf (дата звернення 23.01.2022).

134. Guy Robin. The Advantages and Disadvantages of International Commercial Arbitration. *IBLJ/RDAI*. 2014. P. 131-156.

135. Hefli T. La protection de la propriete etrangere en droit international public. Zurich. 1989. 286 p.

136. Higgins R. The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. 1982. Vol. 176. 392 p.

137. Hilgard M., Bruder A. E. Unauthorised amiable compositeur? *Dispute resolution international*. 2014. Vol. 8. № 1. P. 51-62.

138. Honore A. Ownership. *Oxford essays in jurisprundence*. 1961. P. 112-128.

139. Hrvatska Elektroprivreda D.D. v. Republic of Slovenia. ICSID Case No. ARB/05/24. Award from 17 December 2015. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207012.pdf (дата звернення 20.03.2022).

140. Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates. ICSID Case No. ARB/02/7. Award from 7 July 2004. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0799.pdf (дата звернення 10.04.2020)

141. Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/07/17. Award dated 21 June 2011. Режим доступу: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf (дата звернення 20.03.2020).

142. International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York, Lack of Jurisdiction and Forum Non Conveniens as Defenses to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards. 2005. Режим доступу: www.nycbar.org/pdf/report/ForeignArbitral.pdf (дата звернення 22.12.2020).

143. Jain S. C. Nationalization of Foreign Property: A Study in North-South Dialogue. *Deep and Deep Publications*. New Delhi. 1983. 298 p.

144. Judgment of Svea Court of Appeal, 15 May 2003. Case No. T 8735-01 URL: https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=1242805&propId=1578 (дата звернення 04.07.2018).

145. Judgment of Svea Court of Appeal, 29 October 2002. Case No Ö 7192-01 URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7717_0.pdf (дата звернення 21.12.2021).

146. Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. vs Islamic Republic of Pakistan. ICSID Case No. ARB/13/1. Award from 22nd of August 2017. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9767.pdf (дата звернення 15.07.2021).

147. Kenneth J. Vandevelde. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. *Cornell International Law Journal*: *Vol. 21: Iss. 2, Article 1*. 1988. P. 201-276

148. Kissam L., Leach E. K. Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts. 28 Fordham L. Rev. 177. 1959. URL: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol28/iss2/1 (дата звернення 18.08.2021).

149. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais. ICSID Case No. ARB/81/2. Decision of the ad hoc Committee (English unofficial translation from the French original). URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-klockner-industrie-anlagen-gmbh-and-others-v-united-republic-of-cameroon-and-societe-camerounaise-des-engrais-decision-of-the-ad-hoc-committee-english-unofficial-translation-from-the-french-original-friday-3rd-may-1985 (дата звернення 04.06.2021).

150. Kreindler Richard H. Arbitral forum shopping. Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration. Dossiers – ICC Institute of World Business Law. 2005. P.153-205.

151. Lenci F. Describing post-Westphalia: Remarks on Umbrella Clauses and the Contract Claims. *Diritto del commercio internazionale*. December, 2014. № 4/2014. P. 971-996.

152. Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2. Final Award, 31 Mar 1986. URL: https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-liberian-eastern-timber-corporation-v-republic-of-liberia-award-monday-31st-march-1986 (дата звернення 21.06.2020).

153. Lillich Richard B. The Valuation of Nationalized Property in International Law. Charlottesville. Vol.1. 1972. 176 p.

154. Lord McNair. The Seizure of Property and Enterprises in Indonesia. *Nederlands Tijdschrift Voor Internationaal Recht. №6(3)*. 1959. p. 218-256.

155. Maniruzzaman A F M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *European Journal of International Law*. Volume 12, Issue 2, April 2001, P. 309–328.

156. Maniruzzaman, A.F.M. The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends. *JWELB*. Vol. 1. Nr. 2. 2008. P. 121-157.

157. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States. ICSID Case No ARB(AF)/99/1. Award and separate opinion, despatched 16 December 2002. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf (дата звернення 01.02.2019).

158. McConnaughay, Philip J. Reviving the Public Law Taboo in International Conflict of Laws. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 2. Summer 1999. P. 255-312.

159. Memorandum of Understanding between UNESCO and the intergovernmental organization Itaipu Binacional on Water Sciences Technical Cooperation Decisions adopted by the executive board of the UNESCO at its 174th session. URL: http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001458/145890e.pdf (дата звернення 01.07.2018).

160. Metalclad Corporation v. United Mexican States. ICSID Additional Facility Case No. ARB(AF)/97/1. Award rendered on August 30, 2000. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf (дата звернення 12.06.2018).

161. Methanex Corporation v. United States, Final Award on Jurisdiction and Merits, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 167 (2005), signed 03 August 2005 (hereinafter, "Methanex v. United States"). URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf (дата звернення 31.05.2018).

162. Meyzeaud-Garaud M. Droit international privé. *Bréal*. 2-e edition. 2008. 193 p.

163. Micula Ioan Viorel Micula and others v. Romania. ICSID Case No ARB/05/20. Final award on 11 December 2013. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-final-award-wednesday-11th-december-2013#decision_567 (дата звернення 12.06.2018).

164. Middle East Cement Shipping and Handling Co. v. Arab Republic of Egypt. ICSID Case No. ARB/99/6. Award on 12 April 2002. URL: https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-middle-east-cement-shipping-and-handling-co-v-arab-republic-of-egypt-award-friday-12th-april-2002 (дата звернення 05.05.2020).

165. Monegasque de Reassurances S.A.M. (Monde Re) v. NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine. Docket Nos. 01-7947, 01-9153. Decision of november 15, 2002. URL: https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1342556.html (дата звернення 09.01.2020).

166. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile. ICSID Case No. ARB/01/7. Award of May 25, 2004 (hereinafter, "MTD v. Chile"). URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf (дата звернення 02.03.2021).

167. Nikiema S.H. Best Practices: Compensation for Expropriation. IISD Best Practice Series, March 2013. URL:: https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf (дата звернення 15.08.2021).

168. Nygh Peter. Autonomy in International Contracts. A Clarendon Press Publication. Oxford Private International Law Series. 1999. 320 p.

169. Olin Holdings Limited v. State of Libya. ICC Case No. 20355/MCP. CCI (Chambre de commerce internationale). Final Award on 25 May 2018. URL: https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-olin-holdings-v-libya-final-award-friday-25th-may-2018 (дата звернення 25.11.2021).

170. Otis Elevator Company v. The Islamic Republic of Iran and Bank Mellat (formerly Foreign Trade Bank of Iran). IUSCT Case No. 284. Award No. 304-284-2 dated 29 April 1987. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-otis-elevator-company-v-the-islamic-republic-of-iran-and-bank-mellat-formerly-foreign-trade-bank-of-iran-award-award-no-304-284-2-wednesday-29th-april-1987 (дата звернення 06.03.2020).

171. Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania. ICSID Case No ARB/05/8. Award on jurisdiction and merits, signed 14 August 2007, despatched 11 September 2007 (hereinafter, "Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania"). URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf (дата звернення 29.05.2020).

172. Parra Antonio R. Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. Volume 12, Issue 2. 1997. P. 287-364.

173. Pawlowski AG and Project Sever s.r.o. v. Czech Republic. ICSID Case No. ARB/17/11). Award dated 1 November 2021. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16356.pdf (дата звернення 07.04.2022).

174. Pellonpaa M., Fitzmaurice M. Taking of Property in the Practice of the Iran-Umted States Claims Tribunal. *19 N.Y.I.L.* 1988. P. 53-178.

175. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. ICSID Case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction, 8 February 2005. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf (дата звернення 04.03.2022)

176. Publication of ICSID Decisions and Awards with the Parties' Consent, ICSID. May 5, 2010. URL: https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/publicationicsid-decisions-and-awards-parties-consent (дата звернення 22.02.2021).

177. Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v Grenada. ICSID Case No ARB/10/6. Award dated 10 December 2010. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0726.pdf (дата звернення 11.01.2020).

178. Rawson. R.W. On the Sulphur Trade of Sicily, and the Commercial Relations between that Country and Great Britain. Journal of the Statistical Society of. London. №2 (6). 1840. P. 446–457.

179. Reinisch A. Chapter 11. Expropriation /A. Reinisch //The Oxford Handbook of International Investment Law / ed. by P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008. P. 407—458.

180. Resolution 626 (VII) adopted by the General Assembly during its 7th session: GAOR, 7th session «Right to exploit freely natural wealth and resources». URL: https://undocs.org/en/A/RES/626(VII) (дата звернення 24.04.2022).

181. Robert Azinian and others v. United Mexican States. ICSID Additional Facility Case No. ARB(AF)/97/2. Award of November 1, 1999. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0057.pdf (дата звернення 21.02.2020).

182. RSM Production Corporation v Grenada. ICSID Case No ARB/05/14. Award, 13 March 2009. URL: https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-rsm-

production-corporation-v-grenada-award-friday-13th-march-2009 (дата звернення 01.11.2019).

183. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan. ICSID Case No. ARB/05/16. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf (дата звернення 26.10.2018).

184. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco. ICSID No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction on 31 July 2001. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf (дата звернення 01.06.2018).

185. Schwarzenberger G. Foreign Investment and International Law. London. Stevens & Sons. 1969. 237 p.

186. Schwarzenberger G. The Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad: A Critical Commentary. 9 Journal of Public Law. 1960. P. 150-154.

187. Scott J. B. Nationality: Jus Soli or Jus Sanguinis. *24 American Journal of International Law, Issue 1.* Cambridge University Press. pp. 58-64. URL: https://doi.org/10.2307/2189299 (дата звернення 13.05.2020).

188. Seidl-Hohenveldem I. International Economic Law (3rd revised edition). Kluwer Law International. 1999. 302p.

189. Serafín García Armas and Karina García Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela. PCA Case No. 2013-3. Decision on Jurisdiction from 15.12.2014. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4151.pdf (дата звернення 12.01.2021).

190. Settlement of commercial disputes: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. Compilation of comments by Governments and international organizations. United Nations Commission on International Trade Law Forty-third session. New York. 21 June-9 July 2010. URL: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/538/05/PDF/V1053805.pdf?OpenElement (дата звернення 20.10.2021).

191. Siemens A.G. vs The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/02/8. Award from 6 February 2007. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf.Para 352 (дата звернення 11.10.2018).

192. Sistem Mühendislik Inşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic. ICSID Case No. ARB(AF)/06/1. Award dated 9 September 2009. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1074.pdf (дата звернення 10.03.2021).

193. Slovak Republic v. Achmea B.V. Case C-284/16. The Judgment of the CJEU from 6 March 2018. URL: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=404057 (дата звернення 03.02.2022).

194. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt. ICSID Case No. ARB/84/3. Award, 20 May 1992. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-southern-pacific-properties-middle-east-limited-v-arab-republic-of-egypt-award-wednesday-20th-may-1992 (дата звернення 20.02.2021).

195. Strabag SE v. Libya. ICSID Case No. ARB(AF)/15/1. Award dated 29 June 2020. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11829.pdf (дата звернення 05.05.2022).

196. Subedi S. P. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing Limited, 2008. 232 p.

197. Supervisión y Control SA v. Republic of Costa Rica. ICSID Case No ARB/12/4. Final award of 18 January 2017. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8230.pdf (дата звернення 20.12.2018)

198. Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya. Ad hoc Arbitration. Award - 19 Jan 1977. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-texaco-overseas-petroleum-co-and-

california-asiatic-oil-company-v-libya-sentence-arbitrale-au-fond-wednesday-19th-january-1977 (дата звернення 22.12.2021).

199. The American Independent Oil Company v. The Government of the State of Kuwait. Ad hoc Arbitral Tribunal. Final award. 24th of May 1982. URL: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-american-independent-oil-company-v-the-government-of-the-state-of-kuwait-final-award-wednesday-24th-march-1982 (дата звернення 12.01.2022).

200. TMR Energy Limited v. State Property Fund of Ukraine et al. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. Case No. 03-7191. Decision on June 17, 2005. URL: https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1182433.html (дата звернення 12.02.2021).

201. Tokios Tokelés v. Ukraine. ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil). Signed 19.04.2004. 19 p. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0864.pdf (дата звернення 12.02.2022).

202. Total S.A. v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/04/1. Award including Dissenting Opinions of Mr. Henri Álvarez and Mr. Luis Herrera Marcano - 27 nov. 2013. URL: https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-total-s-a-v-argentine-republic-award-including-dissenting-opinions-of-mr-henri-alvarez-and-mr-luis-herrera-marcano-wednesday-27th-november-2013#decision_640 (дата звернення 09.09.2021).

203. 1939. Chapter 89.
URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/23/89/enacted (дата звернення 11. 11.2021).

204. Trakman L. Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept. *Chicago Journal of International Law.* Vol. 8. № 2. 2008. P. 621-642.

205. Trunk A. Legal Issues of Foreign Investment in Transition Countries. *Osteuroforshund*. 2007. Band 47. 457 p.

206. UNGA Resolution 1803 (XVII), on the Permanent Sovereignty over Natural Resources. URL:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf (дата звернення 01.12.2018).

207. UNGA Resolution 3201 (S-VI), Declaration on the Establishment of a New International Economic Order. URL: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_e.pdf (дата звернення 01.12.2018).

208. UNGA Resolution 3281 (XXIX), Charter of Economic Rights and Duties of States. URL: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2778/download (дата звернення 01.12.2018).

209. United States v. Belmont. U.S. Case No. 532 Supreme Court Decision on May 3, 1937. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/324/ (дата звернення 15.09.2021).

210. Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L. vs. Bolivarian Republic of Venezuela. ICSID Case No. ARB/13/11. Award on 25 July 2017. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10247.pdf (дата звернення 03.02.2020).

211. Verdross A. Les regles internationals concernant le traitement des etrangers. *Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye*. T.37.1931. P.323-412.

212. Wathelet M. Opinion of advocate general Wathelet, delivered on 19 September 2017. Case C-284/16. Slowakische Republik v. Achmea BV (Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany). URL: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=194583&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=404057 (дата звернення 04.02.2022).

213. White G. Nationalisation af Foreign Property. *NY, Praeger, under the auspices of The London Institute of World Affairs*. 1961. 283 p.

214. Wilson Robert R. United States commercial treaties and international law. New Orleans: *Hauser Press*. 1960. 380 p.

215. Wortley B.A. Expropriation in Public International Law. University Press, Cambridge (1959) 169 p.

216. Yannaca-Small. K. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements. *OECD Working Papers on International Investment.* № 3. 2006. URL: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf (Дата обращения: 02.12.2018).

ДОДАТКИ

Додаток А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА,
в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

Публікації у фахових виданнях:

1. Ашихмин И. М. Принципы *amiable compositeur* и *ex aequo et bono* в арбитражной практике разрешения инвестиционных споров. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. № 3. С. 76-79.
2. Ашихмин И. М. Применение принципа *lis pendens* при разрешении международных инвестиционных споров. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2018. № 4. С. 27-30.
3. Ашихмин И. М. Понятие и виды косвенной (скрытой) экспроприации иностранных инвестиций. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 3. С. 99-101.
4. Ашихмин И. М. Возмещение убытков как форма защиты иностранных инвестиций от незаконной экспроприации. *Альманах международного права*. 2018. № 20. С. 92-96.
5. Ашихмин И. Определение национальности иностранного инвестора в спорах с государством-реципиентом. *Юридичний вісник*. 2020. № 3. С. 270-276.
6. Ашихмин И.М. Экстратерриториальное действие актов государства о национализации. *Південноукраїнський правничий часопис.* 2020. №1. С. 65-68.

Публікації у зарубіжних фахових виданнях:

1. Ashykhmin I. Competition of protection measures for damaged rights of foreign investor in disputes with the recipient state. *Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS).* 2020. № 5. P. 4-10.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації та додатково відображають наукові результати дисертації:

1. Ашихмін І.М. Націоналізація іноземних інвестицій як прояв принципу суверенітету держави. *Політико-правова доктрина державного суверенітету в умовах глобалізації:* матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 100-річчю зі дня народження доктора юридичних наук, професора Л.М. Стрельцова (25.10.1918 – 24.03.1979). Видавничий дім «Гельветика» . 2018. С. 114–117.

2. Ашихмін І.М. Деякі аспекти імплементації правових норм ЄС до національного законодавства України з питань захисту іноземних інвестицій. *Український щорічник з європейських інтеграційних студій Україна – Європейський Союз: від партнерства до асоціації.* – 2019. – Випуск ІІ. – С. 31-38.

3. Ашихмін І.М. Венчурне підприємництво: гарантії прав іноземного інвестора. *Конкурентоспроможність підприємств в умовах трансформаційних процесів в економіці України:* Збірник матеріалів ІІІ Міжвузівської науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих учених, Харків, 14 листопада 2018 р. / Харківський торговельно-економічний інститут КНТЕУ. Харків: ХТЕІ КНТЕУ. 2018. С. 228-229.

4. Ашихмін І.М. Інвестиції в хмарні технології: перспективи правового регулювання в Україні. *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження:* Матеріали другої наук.-практ. конф., 29 лист. 2018 р., м. Київ / Упоряд. : В. М. Фурашев, С. О. Дорогих. – Київ : КПІ ім. Ігоря Сікорського, Вид-во «Політехніка», 2018. 168 с. С. 75-78.

5. Ашихмін І.М. Адаптація національного законодавства України з питань захисту прав інвесторів до права ЄС. *Адаптація правової системи України до права Європейського Союзу:* теоретичні та практичні аспекти: матеріали ІІІ Всеукраїнської за міжнародною участю наук.-практ. конф. (Полтава, 25–26 жовтня 2018 р.). Полтава. 2018. С. 54–55.

6. Ashykhmin I. M. The forum shopping doctrine and its application in international investment disputes. *Конгрес міжнародного та європейського права*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 19 квіт. 2019 р.) [Електронний ресурс] / МОН України, Нац ун-т «Одес. юрид. акад.» . Одеса: Фенікс. 2019. С. 72-75.

7. Ашихмін І.М. Форми і методи вирішення інвестиційних спорів: питання вибору оптимального способу захисту прав іноземного інвестора. *Міжнародна науково-практична конференція «Міжнародні стандарти справедливого правосуддя та їх імплементація в українське законодавство».* Юридичний факультет Київського національного університету ім.. Т.Г. Шевченка. (17 грудня 2018 р., м. Київ). К.: Алерта, 2018. С. 250-253.

Відомості про апробацію результатів дисертації

Дисертацію обговорено на розширеному засіданні кафедри засіданнях кафедри міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія». Її положення, висновки та пропозиції доповідалися на конференціях: ІІІ Міжвузівська науково-практична конференція студентів, аспірантів та молодих учених, Харків, 14 листопада 2018 р.; Друга науково-практична конференція (29 листопада 2018 р., м. Київ); Конгрес міжнародного та європейського права (м. Одеса, 25 – 26 травня 2018 року); ІІІ Всеукраїнська за міжнародною участю науково-практична конференція (Полтава, 25–26 жовтня 2018 р.); Всеукраїнська науково-практична конференція «Правова держава: міждисциплінарний підхід». (Донецький юридичний інститут, м. Маріуполь, 2018); Міжнародна науково-практична конференція, присвячена 100-річчю зі дня народження доктора юридичних наук, професора Л.М. Стрельцова (25.10.1918 – 24.03.1979), (м. Одеса, 26 жовтня 2018 року); Міжнародна науково-практична конференція «Міжнародні стандарти справедливого правосуддя та їх імплементація в українське законодавство» (Юридичний факультет Київського національного університету ім.. Т.Г. Шевченка, м. Київ, 2018).