

УДК 341.63

DOI <https://doi.org/10.32840/pdu.2022.3.35>**Х. Н. Бехруз**

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ТЛУМАЧЕННЯ НЕПРЯМОЇ ЕКСПРОПРІАЦІЇ В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТОРА: СУДОВА ТА АРБІТРАЖНА ПРАКТИКА

Стаття присвячена розгляду тлумачення поняття непрямой експропріації, визначення якої залишається нечітким у міжнародному інвестиційному праві. Зазначається, що підходи, що використовуються в судовій та арбітражній практиці, різняться, а арбітражні рішення можуть бути різними. Можливим вирішенням цієї проблеми, на думку автора, є переформулювання положень інвестиційних договорів з більш точними деталями щодо визначення непрямой експропріації, зокрема, запровадження критерію державного привласнення разом із критерієм шкідливого впливу.

Підкреслюється, що іноземні приватні інвестори, які володіють інвестиціями на території іншої держави, наразі захищені широким спектром інвестиційних договорів, які гарантують їхні права, включаючи право на компенсацію у випадку прямої чи непрямой експропріації. У той же час держава може ухвалювати нормативні акти в інтересах суспільства, які завдають шкоди економічним інтересам інвесторів на її території. Це означає, що заходи в інтересах суспільства, які завдають шкоди іноземним інвестиціям, можуть тягнути за собою відповідальність приймаючої держави за міжнародним правом. Як показує практика, інвестиційні договори навіть надають іноземним інвесторам можливість оскаржувати легітимність заходів, вжитих урядами в таких чутливих сферах, як охорона здоров'я, права людини та захист навколишнього середовища.

Робиться висновок, що державний захід непрямой експропріацією, має бути процесом, який враховує приватні права іноземних інвесторів, а також суверенні права приймаючої держави. Інвестор має право на захист своїх активів, але держава повинна зберігати здатність захищати суспільні інтереси, гарантом яких вона є, на своїй території. Міжнародне інвестиційне право тлумачилося через низку спорів на користь прав приватних інвесторів, а не на користь регуляторного розсуду приймаючих держав. Однак з розвитком галузі стає все більш очевидним, що законодавство потребує відновлення балансу, і тепер воно повинно враховувати міркування суспільних інтересів приймаючої держави, а також економічні інтереси інвесторів.

Ключові слова: непрямая експропріація, вилучення майна, захист прав іноземного інвестора, інвестиційні спори.

Концепція експропріації завжди була оточена суперечками, що тягнуться ще з часів її зародження в міжнародному праві. Експропріація являє собою як найбільш серйозне порушення прав приватної власності, так і явну реалізацію державного суверенітету. У міжнародному інвестиційному праві вона визначається як формальне вилучення прав власності на користь держави або приватних осіб, призначених державою. Це визначення охоплює пряму або формальну експропріа-

цію, яка вже давно визнана і регулюється національним законодавством. Однак міжнародні інвестиційні договори також визнають, що якщо держава діє у спосіб, який завдає шкоди іноземним приватним інвестиціям, це також може бути кваліфіковано як експропріація, навіть якщо інвестор формально зберігає свої права власності на інвестиції. Це називається непрямой експропріацією, або «заходом, рівнозначним експропріації».

Таким чином, існує два типи «експропріації». Перший передбачає пряму експропріацію і, зазвичай, формалізується в указі

або законі про експропріацію. Експропріація такого типу здійснюється проти однієї або декількох інвестицій. Експропріація, або націоналізація, також може бути спрямована проти кількох інвестицій в одному економічному секторі. Другий вид експропріації – непряма експропріація. Цей тип експропріації може бути наслідком заходів, які держава вживає для регулювання економічної діяльності на своїй території, навіть якщо таке регулювання не спрямоване безпосередньо на інвестиції. У цьому випадку юридичне право власності на інвестиції не порушується.

Після низки суперечок у минулому (обговорення яких виходить за рамки цієї роботи), умови, за яких держава може законно експропріювати власність приватного іноземного інвестора, тепер кодифіковані в загальних рисах у міжнародних інвестиційних угодах. Відповідно до міжнародних інвестиційних договорів, держава має суверенне право експропріювати приватні іноземні інвестиції, розташовані на її території, за умови дотримання наступних трьох умов: експропріація здійснюється в суспільних інтересах, цей захід не є дискримінаційним і інвестор отримує компенсацію за понесені збитки.

Хоча існує широкий консенсус щодо визначення прямої експропріації, визначення непрямої експропріації залишається набагато більш проблематичним. Найважливішим питанням є визначення чітких умов, за яких заходи держави можуть розглядатися як непряма експропріація і, як такі, вимагати від держави компенсації інвестору за завдані збитки. Іншими словами, за яких умов заходи держави можуть вважатися рівнозначними експропріації? Дійсно, деякі арбітражні суди визнають, що не всі державні нормативні акти, які завдають шкоди інвестиційній діяльності, є непрямою експропріацією, а отже, не всі дії такого характеру дають потерпілій стороні право вимагати компенсації.

В той же час, найбільш поширені формулювання щодо визначення непрямої експропріації були визначені арбітражем у справах *Tecmed v. Mexico* [1] та *Santa Elena v. Costa Rica* [2].

Так, у справі *Tecmed v. Mexico* арбітражним судом було висловлено позицію

щодо вимог наявності публічної мети, а саме, що держави повинні діяти розумно по відношенню до своїх цілей та має існувати розумний зв'язок пропорційності між податками або зборами, що накладаються на іноземного інвестора, і метою, яку намагаються досягти за допомогою будь-якого експропріаційного заходу.

Трибунал у справі *Santa Elena v. Costa Rica*, вирішуючи, чи може екологічна мета вплинути на експропріаційний характер заходу, постановив, що він є експропріаційним: «Експропріаційні екологічні заходи – незалежно від того, наскільки вони є виправданими і корисними для суспільства в цілому – в цьому відношенні подібні до будь-яких інших експропріаційних заходів, які держава може вжити для реалізації своєї політики. Якщо власність експропріюється, навіть в екологічних цілях, як внутрішніх, так і міжнародних, зобов'язання держави виплатити компенсацію залишається» [2].

Іноземні приватні інвестори, які володіють інвестиціями на території іншої держави, наразі захищені широким спектром інвестиційних договорів, які гарантують їхні права, включаючи право на компенсацію у випадку прямої чи непрямої експропріації. У той же час держава може ухвалювати нормативні акти в інтересах суспільства, які завдають шкоди економічним інтересам інвесторів на її території. Це означає, що заходи в інтересах суспільства, які завдають шкоди іноземним інвестиціям, можуть тягнути за собою відповідальність приймаючої держави за міжнародним правом. Як показує практика, інвестиційні договори навіть надають іноземним інвесторам можливість оскаржувати легітимність заходів, вжитих урядами в таких чутливих сферах, як охорона здоров'я, права людини та захист навколишнього середовища.

У зв'язку з цим важливо зазначити, що кожна держава в принципі має право на експропріацію. Це міжнародно визнане суверенне право. Таким чином, інвестиційні договори не перешкоджають державам вживати заходів з експропріації. Єдині обмеження, які застосовуються, полягають у тому, що будь-який захід з експропріації не повинен бути дискри-

мінаційним за своєю природою, повинен здійснюватися в суспільних інтересах, а інвестор повинен отримати компенсацію за понесені збитки.

Хоча договірні положення, як правило, прямо не вказують на фактори, що мають відношення до визначення того, чи є захід приймаючої держави непрямою експропріацією, вони неявно вказують на те, які фактори не свідчать про те, що непряма експропріація дійсно мала місце. В інвестиційних договорах, зазвичай, зазначається, що державам-учасникам не дозволяється вживати заходів непрямої експропріації, «якщо», «за винятком випадків» або «за умови», що вжиті заходи відповідають усім трьом наступним критеріям законності: заходи вживаються в суспільних інтересах, заходи не є дискримінаційними за своїм характером, і інвестору компенсується завдана шкода. Ці три фактори визначають, чи є експропріація законною, а не те, чи відбулася вона насправді. Отже, арбітражні суди повинні спочатку оцінити, чи є цей захід непрямою експропріацією, а потім, якщо так, – чи було вжито його законно [3].

Це означає, що критерії, які використовуються для визначення того, чи є той чи інший захід непрямою експропріацією, слід шукати за межами цих критеріїв законності. Ці два набори критеріїв тлумачаться як взаємовиключні. Наприклад, коли суд повинен вирішити, чи мала місце непряма експропріація, «не можна стверджувати, що оскільки має місце дискримінація, то має місце і експропріація» [4]. Справедливим є і зворотне твердження. Це ж зауваження стосується і державних нормативно-правових актів, прийнятих в інтересах суспільства. Ця відмінність між критеріями визначення того, чи мала місце експропріація, і критеріями визначення того, чи була вона законною, підживлює суперечки навколо концепції непрямої експропріації. Дехто вважає, що саме тому, що захід вживається в суспільних інтересах (критерій законності), цей захід не може бути визначений як непряма експропріація.

У зв'язку з тим, що договірні положення про експропріацію, схоже, виключають критерій законності з початкового процесу

визначення того, чи мала місце непряма експропріація, деякі держави вирішили включити нові положення до своїх нещодавно укладених договорів.

У деяких статтях прямо вказується, що державний захід може вважатися непрямою експропріацією або «рівнозначним експропріації» через його наслідки або характеристики. Наприклад, у договорах можуть використовуватися формулювання, що стосуються «експропріації або націоналізації, або будь-якого іншого еквівалентного заходу, що має ефект, подібний до позбавлення власності», або «експропріації, націоналізації або іншого заходу, що має подібний ефект». Договори можуть також стосуватися заходів, що «мають такий самий характер або такий самий ефект», або «мають подібний ефект». Ці положення є більш чіткими, ніж ті, що просто згадують терміни «непряма експропріація» або «заходи, що прирівнюються до експропріації». Це чітка вказівка, покликана допомогти арбітражним судам у їх тлумаченні [5].

Крім того, невелика кількість інвестиційних договорів згадує «обмежувальні» заходи або заходи, які «повністю або частково позбавляють» інвестора його прав. Статті такого типу, здається, припускають, що непряма експропріація може мати місце навіть тоді, коли завдані збитки не є значними або серйозними.

Незважаючи на ці тонкі відмінності в положеннях договорів про експропріацію, як пояснив арбітражний суд у справі *LG&E v. Argentina*, загальним фактом залишається те, що «як правило, двосторонні договори не визначають, що є експропріацією – вони лише містять пряме посилання на «експропріацію» і додають формулювання «будь-яка інша дія, що має еквівалентні наслідки» і не встановлюють, які заходи, дії або поведінка є актами, «рівнозначними експропріації» [6].

Варто також зазначити, що замість критерію шкідливого впливу заходів держави на інвестиції деякі арбітражні суди застосовують критерій легітимної мети, якій покликані слугувати ці заходи. Цей критерій має різні застосування, але спільним для них є твердження того, що певні законні заходи приймаючої держави з

певними характеристиками не можуть розглядатися як непряма експропріація, навіть якщо вони завдають серйозної та незворотної шкоди інвестиціям. Ці специфічні правила, зазвичай, називають «поліцейськими заходами» або «законними державними правилами». Вони не підлягають компенсації.

Також стверджується, що хоча ці види законних заходів можуть опосередковано експропріювати майно інвестора, вони не дають інвестору права на повну компенсацію. Таким чином, інвестор може не мати права на повну компенсацію за ринковою вартістю майна через переважаючий інтерес, який зумовив необхідність знецінення активу. Основним обґрунтуванням такого балансування розміру компенсації є те, що це робить регулювання суспільних інтересів фінансово стійким для держави, водночас не перешкоджаючи приватній ініціативі.

Однією з перших справ, в якій було проведено розмежування між заходами поліцейської влади, що не підлягають компенсації, та непрямою експропріацією, було рішення у справі *Too v. USA*, в якому арбітражний суд вказав, що держава не несе відповідальності за втрату власності або за інші економічні збитки, спричинені добросовісним загальним оподаткуванням або будь-якими іншими діями, які зазвичай вважаються поліцейськими повноваженнями держави, за умови, що вони не є дискримінаційними і не спрямовані на те, щоб змусити іноземця відмовитися від власності на користь держави або продати її за не вигідною ціною [7].

Арбітражний суд також визнав це в рішенні у справі *Saluka v. Czech Republic* [8], зазначивши, що у міжнародному праві встановлено, що держави не зобов'язані виплачувати компенсацію іноземному інвестору, якщо в рамках звичайного здійснення своїх регуляторних повноважень вони приймають недискримінаційним чином добросовісні нормативні акти, спрямовані на загальний добробут.

У рішенні у справі *Suez InterAgua v. Argentina* [9] арбітражний суд постановив, що при оцінці позову про експропріацію важливо визнати законне право держави регулювати та здійснювати свою поліцей-

ську владу в інтересах суспільного добробуту і не плутати заходи такого характеру з експропріацією.

Тут можна зазначити, що критерії, які використовуються судами для визначення законності каліфорнійського регулювання, дуже схожі на умови, що визначають законність непрямої експропріації: недискримінаційні дії в інтересах суспільства (на додаток до дотримання належної правової процедури).

Кілька арбітражних рішень визнали існування принципу розмежування між непрямою експропріацією та некомпенсованим поліцейським заходом. Але хоча формулювання принципу є простим, його реалізація є проблематичною. Окрім перших двох випадків, наведених вище, лише деякі суди повністю відкидають критерій несприятливого впливу на інвестора на користь законного суспільного інтересу, якому покликаний слугувати цей захід. Іншими словами, хоча деякі заходи визнаються законними заходами поліцейської влади, арбітражні суди все ж таки перевіряють, чи не завдали вони значної шкоди інвестиціям, перш ніж ухвалити рішення за або проти непрямої експропріації. Так, повторно згадаємо справу *Tecmed v. Mexico*, в якій арбітражний суд, визнавши правомірним, що держава при здійсненні своїх поліцейських повноважень може завдати економічної шкоди без надання права іноземному інвестору будь-якої компенсації, все ж зазначив, що регуляторні дії та заходи не будуть спочатку виключені з визначення експропріаційних актів. Це означає, що, оскільки деякі арбітражні суди тлумачать і застосовують інвестиційні угоди, «поліцейські заходи» є такими ж державними заходами, як і будь-які інші державні заходи, і, отже, можуть призвести до непрямої експропріації, якщо їхній шкідливий вплив є значним.

Дійсно, складність застосування принципу розмежування між заходами поліцейської влади та заходами непрямої експропріації пов'язана насамперед з тим, що заходи поліцейської влади складно ідентифікувати. Простіше кажучи, поліцейські заходи – це всі заходи, необхідні для ефективного функціонування держави. Однак у міжнародному звичаєвому праві

немає точного визначення цієї функціональної концепції. Як зазначив трибунал у справі *Saluka v. Czech Republic*, незважаючи на підтримку цього принципу, міжнародне право ще не визначило всебічно і остаточно, які саме положення вважаються «дозволенними» і «загальноприйнятими» як такі, що належать до поліцейських або регуляторних повноважень держав і, таким чином, не підлягають компенсації» [9]. Дійсно, поліцейські заходи можуть бути переплутані з усіма легітимними публічними положеннями, прийнятими державою, оскільки всі вони априорі призначені для служіння більш-менш важливим державним інтересам. Таким чином, не існує точного та одностайного переліку законних інтересів, характерних для поняття «поліцейський захід», навіть якщо існує консенсус щодо певних цінностей. До них відносяться ті, що є предметом захисту відповідно до міжнародного права, або ті, що підпадають під регуляторні функції держави. Це стосується питань державної політики, санітарії, оподаткування та грошово-кредитної політики, захисту навколишнього середовища та трудових прав. Крім того, важко перевірити, що державний захід, який має суттєву мету в суспільних інтересах, був прийнятий і впроваджений відповідно до належної правової процедури, на недискримінаційній та обґрунтованій основі. Ці терміни стосуються стандартів поведінки, які судам важко оцінити на практиці. Тим не менш, держава, застосовуючи поліцейські заходи, повинна діяти з максимальною неупередженістю та об'єктивністю в досягненні заявленої мети, що відповідає суспільним інтересам. Таким чином, певною мірою неминучим є те, що при досягненні цілей суспільного інтересу може виникнути певний негативний вплив на іноземні приватні інвестиції.

Визначення непрямой експропріації залишається нечітким у міжнародному інвестиційному праві. Підходи різняться, а арбітражні рішення можуть бути різними. Таким чином, існує проблема послідовності, визначеності та передбачуваності.

Для вирішення цієї проблеми є кілька можливих рішень через переформулювання положень інвестиційних договорів

та через їхнє тлумачення арбітражними судами. Що стосується договірних положень, то було б доцільно, щоб держави, які підписали інвестиційні договори, встановили за домовленістю більш точні деталі щодо визначення непрямой експропріації, особливо коли йдеться про законні норми загального застосування. Адже саме тому, що визначення непрямой експропріації не є чітко встановленим, можливі такі різні тлумачення. Безумовно, нелегко знайти фіксоване визначення цього поняття, потенційне застосування якого є безмежним. Однак, можна переглянути положення, які визначають роль і місце критерію шкідливого впливу, а також роль і місце інших критеріїв. Держави можуть також передбачити запровадження критерію державного привласнення разом із критерієм шкідливого впливу. Незалежно від того, чи наважаться держави розробити критерії кваліфікації або створити винятки, нові положення повинні бути більш чіткими та ефективними, ніж ті, що містяться в деяких нещодавно укладених договорах.

Зрештою, оцінка того, чи є державний захід непрямой експропріацією, має бути процесом, який враховує приватні права іноземних інвесторів, а також суверенні права приймаючої держави. Інвестор має право на захист своїх активів, але держава повинна зберігати здатність захищати суспільні інтереси, гарантом яких вона є, на своїй території. Універсальної панацеї, ймовірно, не існує, але можна рухатися до кращого балансу між цими інтересами. Міжнародне інвестиційне право тлумачилося через низку спорів на користь прав приватних інвесторів, а не на користь регуляторного розсуду приймаючих держав. Однак з розвитком галузі стає все більш очевидним, що законодавство потребує відновлення балансу, і тепер воно повинно враховувати міркування суспільних інтересів приймаючої держави, а також економічні інтереси інвесторів.

Список використаної літератури:

1. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States. ICSID Case No. ARB(AF)/00/2. Award - 29 mai 2003. URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-tecnicas-medioambientales->

- tecmed-v-united-mexican-states-award-thursday-29th-may-2003.
2. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1. Award from February 17, 2000. URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-compania-del-desarrollo-de-santa-elena-s-a-v-republic-of-costa-rica-award-thursday-17th-february-2000>.
 3. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*. ICSID Case No. ARB/05/. Award of September 11, 2007. URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-parkerings-compagniet-as-v-republic-of-lithuania-award-tuesday-11th-september-2007>.
 4. *Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AF)/02/1. Award of July 17, 2006 URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-firemans-fund-insurance-company-v-the-united-mexican-states-award-monday-17th-july-2006>.
 5. Agreement between the government of Canada and the government of the Republic of Costa Rica for the promotion and protection of investments. (Canada-Costa Rica BIT) URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/601/download>.
 6. Agreement between the government of the Republic of Seychelles and the government of the French Republic (France-Seychelles BIT) URL: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/03/2007-France-Seychelles-BIT.pdf>.
 7. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/02/1. Award from 25 juil. 2007. URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-lg-e-energy-corp-lg-e-capital-corp-and-lg-e-international-inc-v-argentine-republic-award-wednesday-25th-july-2007>.
 8. *Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America*. IUSCT Case No. 880. Award (Award No. 460-880-2) - 29 Dec 1989. URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-emanuel-too-v-greater-modesto-insurance-associates-and-the-united-states-of-america-award-award-no-460-880-2-friday-29th-december-1989>.
 9. *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*. PCA Case No. 2001-04. Partial Award - 17 mars 2006. URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-saluka-investments-bv-v-the-czech-republic-partial-award-friday-17th-march-2006>.
 10. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/03/17. Decision on Liability from 30 July 2010. URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-suez-sociedad-general-de-aguas-de-barcelona-s-a-and-interagua-servicios-integrales-de-agua-s-a-v-argentine-republic-decision-on-liability-friday-30th-july-2010#decision_713.

Behruz H. Interpretation of indirect expropriation in the context of protecting the rights of a foreign investor: court and arbitration practice

The article is devoted to the consideration of the interpretation of the concept of indirect expropriation, the definition of which remains unclear in international investment law. It is noted that the approaches used in judicial and arbitral practice differ, and arbitral decisions may differ. A possible solution to this problem, according to the author, is the reformulation of the provisions of investment agreements with more precise details regarding the definition of indirect expropriation, in particular, the introduction of the criterion of state appropriation together with the criterion of harmful influence.

It is emphasized that foreign private investors who own investments in the territory of another state are currently protected by a wide range of investment treaties that guarantee their rights, including the right to compensation in the event of direct or indirect expropriation. At the same time, the state can adopt normative acts in the public interest that harm the economic interests of investors on its territory. This means that measures in the public interest that harm foreign investment may entail the responsibility of the host state under international law. As practice shows, investment treaties even allow foreign investors to challenge the legitimacy of measures taken by governments in such sensitive areas as health care, human rights and environmental protection.

It is concluded that the state measure of indirect expropriation should be a process that takes into account the private rights of foreign investors, as well as the sovereign rights of the host state. The investor has the right to protect his assets, but the state must retain the

ability to protect the public interests of which it is the guarantor on its territory. International investment law has been interpreted through a series of disputes in favor of the rights of private investors rather than in favor of the regulatory discretion of host states. However, with the development of the industry, it is becoming increasingly obvious that legislation needs to be rebalanced and must now take into account considerations of the public interest of the host state as well as the economic interests of investors.

Key words: *indirect expropriation, seizure of property, protection of foreign investor's rights, investment disputes.*