

УДК 341

DOI <https://doi.org/10.32847/ln.2021.14.010>

Волкова І.О.

*студентка аспірантури кафедри порівняльного права
Китайський університет політики і права*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РІВНОВАГИ МІЖ ЗАХИСТОМ ІНВЕТОРІВ ВІД НЕПРЯМОЇ ЕКСПРОПРІАЦІЇ ТА ПРАВОМ ДЕРЖАВИ НА РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Питання забезпечення рівноваги між захистом інвесторів та правом держави на регулювання є одним з основних напрямів реформи міжнародних інвестиційних угод Конференції ООН з торгівлі та розвитку (далі – ЮНКТАД) [1, с. 8].

Регулятивні заходи уряду можуть мати суттєвий вплив на іноземні інвестиції, не передбачають водночас прямого вилучення чи переходу права власності. У разі відсутності положень про регулятивні заходи, арбітри на власний розсуд визначають межу між непрямою експропріацією, що вимагає компенсацію, та законним правом держави на регулювання, яке не призводить до компенсації, навіть якщо має значний економічний вплив на інвестора.

Широке формулювання положень щодо захисту іноземних інвестицій, відсутність чіткого положення про пряму експропріацію, а також непослідовність та наявність прогалин в арбітражних рішеннях призводять до конфлікту між обов'язком держави, яка приймає, виплачувати компенсацію в разі прямої чи непрямої експропріації та зобов'язанням держави дбати про суспільний добробут [1, с. 84]. Підтвердженням цього може слугувати зростання кількості звинувачень інвесторів, спрямованих на регулятивні заходи держав, що приймають [2, с. 24].

Формулювання завдання дослідження. У статті розглянуто питання відсутності визначення непрямої експропріації та непослідовного підходу до тлумачення положення про пряму експропріацію міжнародними арбітражними установами.

Виклад основного матеріалу. Більшість двосторонніх інвестиційних договорів, стороною яких є Україна, охоплюють пряму експропріацію, але не містять положень стосовно обставин, за яких регулятивні заходи держави не є експропріацією і не призводять до обов'язку сплачувати компенсацію інвестору. Це обмежує право держави на вжиття регулятивних заходів в суспільних інтересах, які стосуються захисту здоров'я, безпеки та навколишнього середовища.

Уточнення поняття «пряма експропріація» та визначення критеріїв для розмежування прямої експропріації та права на регулювання, що не вимагає компенсації, є необхідними для забезпечення рівноваги між захистом інвесторів та правом держави на регулювання з метою досягнення сталого розвитку.

Право держави на регулювання в інтересах суспільства, також відоме в міжнародному інвестиційному праві як «свобода регулювання», «регуляторні заходи», «поліцейські повноваження», охоплює заходи, ужиті з метою регулювання чи захисту публічних інтересів. Ці терміни можуть уживатися як взаємозамінні [3, с. 92].

Поняття «регуляторний захід» відрізняється від експропріації. Концепція експропріації охоплює право держави на вилучення іноземного майна за певних умов, однією з яких є виплата компенсації. Таке «вилучення» може бути прямим або непрямим. У разі прямої експропріації відбувається фактичне вилучення фізичного майна інвестора. Заходи непрямої експропріації характеризуються відсутністю

фізичного вилучення майна, але порівнюються до неї, оскільки позбавляють інвестора здатності користуватися майном або цілком знищують економічну цінність інвестиції. Отже, у разі прямої і непрямой експропріації заходи держави мають експропріаційний, а не регуляторний характер [3, с. 86].

Важливо розрізнити два поняття, зрозуміти їхнє походження й основні відмінності. Експропріація – це дія, що здійснюється державою в рамках реалізації її права на експропріацію, а регуляторний захід – це захід, здійснений державою в рамках регуляторної свободи. Щоб визначити, який захід ужито – експропріаційний чи регуляторний, необхідно провести аналіз характеристик та природи конкретного заходу. Обидва види заходів держави можуть бути здійснені в рамках виконавчої, законодавчої чи судової гілок влади, можуть здійснюватися у формі норм, законів, нормативних актів, судових рішень [4]. У ст. 201 НАФТА визначено такий захід як «будь-який закон, нормативний акт, процедура, вимогу чи практику» [5]. Навіть коли «захід» не визначений в інвестиційному договорі, під час арбітражу суд зазвичай застосовує його як концепцію, щоб визначити, чи здійснила держава якісь дії для досягнення особливої мети [6, с. 28].

Як регуляторні, так і експропріаційні заходи призводять до збитків, яких зазнає іноземний інвестор. Основна відмінність непрямой експропріації від регуляторних заходів держави полягає в тому, що останні не дають підстав для вимоги компенсації. Одним із найважливіших питань міжнародного інвестиційного права є розмежування дій держав, що становлять непряму експропріацію, що підлягає компенсації, та заходів, ужитих у рамках права на регулювання в суспільних інтересах, наслідки яких не підлягають компенсації [3, с. 13].

Під час порівняння регуляторних і експропріаційних заходів важливо враховувати мету заходу. Незважаючи на те, що обидва заходи негативно впливають на майно інвестора або

його вартість, вони мають різні цілі. Метою експропріаційного заходу є заволодіння майном прямо чи опосередковано, а збитки майну або його вартості є навмисними передбачуваними наслідками дій із боку держави. З іншого боку, регуляторний захід уживається як здійснення суверенної влади держави для захисту суспільних інтересів, хоча це може призвести до збитків, однак у цьому разі такі збитки не є навмисними, а є побічним наслідком відповідного заходу, оскільки причиною здійснення регуляторних дій не є завдання збитків інвестору. Метою регуляторних заходів, на відміну від експропріації, є захист або сприяння суспільним інтересам, а не вилучення власності як такої [3, с. 79].

Б. Вортлі пояснив: «Є суттєва різниця між непрямыми збитками, спричиненими обґрунтованими та загальними обмеженнями, накладеними в інтересах суспільства, та непрямыми збитками, що становлять просто димову завісу для вилучення майна. Тому випадкові збитки, що виникають внаслідок містобудування тощо, не становлять експропріації» [7, с. 51].

Принципом права є те, що держава не несе відповідальності за збитки, які виникають унаслідок законного здійснення своєї суверенної влади, спрямованої на захист суспільних інтересів (поліцейська влада) [8, с. 36].

За словами І. Браунлі, «державні заходи, насамперед законне здійснення повноважень урядів, можуть суттєво впливати на іноземні інтереси, не становлячи експропріації. Отже, іноземні активи та їх використання можуть підлягати оподаткуванню, обмеженням торгівлі, що включають ліцензії та квоти, або заходам девальвації. Хоча особливі чинники можуть впливати на суть справи, у принципі такі заходи не є незаконними і не становлять експропріації» [9, с. 532].

Визначення непрямой експропріації.

Визначення того, що вважається непрямою експропріацією, визнається складним питанням протягом багатьох років, а відсутність чіткого визначення змусила арбітражні суди,

інвесторів та держави детальніше розглянути питання щодо формулювання непрямої експропріації.

Нині більшість вилучень не спричиняють переходу права власності і відбуваються в непрямій формі, часто у формі нормативних актів. У зв'язку із цим виникає конфлікт між захистом інвестицій та регуляторними інтересами держав. Держави, які вживають регуляторних заходів, заперечують експропріацію, отже, заперечують зобов'язання виплатити компенсацію потерпілому інвестору [3, с. 7].

Ключовим питанням є визначення того, чи відбулася експропріація, оскільки саме це рішення стане визначальним для вирішення, чи має інвестор право на цілковите відшкодування збитків чи взагалі не має права на це. Саме суд вирішує, на кого ляже економічний тягар – цілком на державу або на інвестора [10, с. 65]. Згідно з Урсулою Крібаум, «питання стосовно того, чи відбулася експропріація, є вирішальним: стосовно розміру компенсації це питання є рішенням «усе або нічого». Принаймні теоретично суд не може на власний розсуд розподіляти економічний тягар, що виникає в результаті заходу, між інвестором та державою. Ця система «усе або нічого» є корінням значних труднощів у справах, що стосуються непрямих і особливо регуляторних експропріацій» [11, с. 720].

У міжнародному інвестиційному праві з'явилося три доктрини, які становлять конкуруючі принципи та застосовуються у вирішенні спорів між державою й інвестором для виявлення непрямої експропріації: 1) доктрина єдиного ефекту (the sole effect doctrine); 2) доктрина поліцейських повноважень (the police powers doctrine); 3) принцип пропорційності (the principle of proportionality) [12, с. 13].

1. Доктрина єдиного ефекту.

Згідно з доктриною єдиного ефекту, визначальним фактором, який вирішує, що відбулася непряма експропріація, є наслідки заходів держави (або ступінь втручання в майнові права інвестора). Намір та мета заходів, що

вживаються державою, не вважаються важливими елементами. Захід вважається експропріацією на основі впливу такого заходу на майнові права інвестора [13, с. 218].

Ця доктрина була вперше застосована у справі *Metaclad v. Mexico*, у якій арбітражний суд виніс рішення, що держава є відповідальною за експропріацію в разі «прихованого або випадкового втручання в користування майном, яке має наслідком позбавлення власника загалом або у значній частині можливості використання майна або обґрунтовано очікуваної економічної вигоди від майна, навіть якщо це не становить очевидну користь для держави, що приймає» (п. 103) [14]. Такий підхід був також застосований у справі *Tecmed v. Mexico*, у якій арбітражний суд розглядав питання про те, чи був інвестор докорінно позбавлений права використовувати свої інвестиції й отримувати від них економічну вигоду, оскільки на основі цього розмежування можна провести різницю між експропріаційними та регуляторними заходами. Для ухвалення рішення із цього питання арбітражний суд розглянув звичаєве міжнародне право, принципи тлумачення договорів та принцип пропорційності Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Арбітражний суд зазначив, що непряма експропріація та відмежування її від регуляторних заходів здійснюються на основі доктрини єдиних наслідків, яка, на думку суду, стала звичаєвим міжнародним правом. Це твердження надалі не було підтримано іншими арбітражними установами чи науковцями. Переходячи до тлумачення договору згідно зі ст. 31 (1) Віденської конвенції про право міжнародних договорів, арбітражний суд зазначив: «Ми не знаходимо принципу, який би стверджував, що регуляторні адміністративні дії самі собою виключаються зі сфери дії Угоди, навіть якщо вони є корисними для суспільства загалом, – наприклад з охорони навколишнього середовища, – особливо якщо економічний вплив завдається іноземному інвестору» (п. 119) [15], стверджуючи, що позов про

експропріацію не виключає регуляторних заходів із відповідальності. Трибунал також відкинув доктрину поліцейських повноважень як концепцію міжнародного права, заявив, що вона входить у сферу внутрішнього законодавства і вирішується в національних судах, що вплив поліцейських повноважень не може бути оцінений міжнародним трибуналом, який ухвалює рішення на основі міжнародного права, а рішення та детермінації, засновані на національному праві, не можуть бути виправдані невиконанням зобов'язань за міжнародним правом (п. 119) [15].

Ця доктрина була також застосована у справі *Nykomb Synergetics v. Latvia*: «На думку арбітражного суду, «регулятивні заходи» можуть становити експропріацію або бути еквівалентними експропріації за певних умов. Вирішальним фактором для розмежування та рішення стосовно експропріації насамперед має бути ступінь заволодіння або контроль над підприємством, що спричиняють спірні заходи» (п. 4.3.1) [16].

Суперечливим питанням у цій доктрині є саме необхідний ступінь втручання для визначення непрямой експропріації. Надання державам, що приймають, простору державної політики на основі тлумачень арбітражних судів у справах між державою й інвестором щодо необхідного ступеня втручання обмежує суверенітет держав та посилює непослідовність у виявленні непрямой експропріації в юриспруденції держава-інвестор.

У вищезазначених рішеннях наголошувалося, що вирішальним чинником є вплив заходу, що вживається державою, яка приймає, однак, відповідно до інших арбітражних рішень, вплив заходів не є винятковим елементом для розгляду справи про непрямую експропріацію.

У справі *S.D. Myers v. Canada* арбітражний суд наголосив на такому: «<...> загальний орган прецеденту зазвичай не розглядає регуляторні дії як експропріаційні». Потім він зазначив, що для того, щоб визначити, що експропріація мала місце, треба враховувати

інтереси сторін, мету та наслідки державного заходу (п. п. 281, 285) [17].

В арбітражі *LG & E v. Argentina* трибунал зазначив: «Залишається питання про те, чи варто враховувати лише наслідки, спричинені певним заходом, чи треба також враховувати контекст, у якому такий захід було вжито, а також ціль держави, що приймає. На думку цього арбітражного суду, має бути рівновага в аналізі як причин, так і наслідків заходу, щоб можна було кваліфікувати захід як експропріаційний» (п. п. 189, 194) [18].

Отже, мета, характер і ефект заходу держави, що приймає, також є важливими чинниками для визначення непрямой експропріації.

Типові двосторонні інвестиційні договори (далі – ДІД) США та Канади стали першими, які прямо відкинули доктрину єдиного ефекту непрямой експропріації. Це стало прикладом для багатьох інших країн, які застосували цей підхід у своїх міжнародних інвестиційних угодах.

2. Доктрина поліцейських повноважень.

У доктрині поліцейських повноважень, на відміну від доктрини єдиного ефекту, ключовим елементом є мета заходів, що вживаються державою, яка приймає (п. 173) [19]. Згідно із цією доктриною, держави, що приймають, не зобов'язані виплачувати компенсацію, якщо вжитий захід був добросовісним, недискримінаційним, що відповідає нормам належної процедури, ужитий з метою державної політики. Заходи державного регулювання, як-от підтримання громадського порядку, зміни вартості валюти держави, оподаткування, питання здоров'я та моралі, можуть уважатися добросовісними заходами [20, с. 47].

Немає конкретного визначення поліцейських повноважень, що може призвести до плутанини через тлумачення слова «поліція». Однак значення понять «поліцейські повноваження» та «поліція» різняться, їх не варто плутати.

Якщо ми звернемося до «Юридичного словника» Блека, щоб знайти визначення цих

понять, ми побачимо, що «поліція» (*police*) стосується забезпечення правопорядку, громадської безпеки, запобігання злочинам [21, с. 1344]. Термін «поліцейські повноваження» визначається як «невід’ємна та повноцінна влада суверена ухвалювати всі закони, які необхідні для збереження суспільної безпеки, порядку, здоров’я, моралі та справедливості» [21, с. 1345]. Отже, «поліцейська влада» – це більш широкий термін, який стосується повноважень держави ухвалювати та застосовувати закони для захисту та збереження суспільних цілей.

Немає однозначної відповіді, які саме заходи належать до поліцейських повноважень держав. Це було доведено у справі *Saluka v. Czech Republic*, арбітраж у якій зазначив, що «міжнародне право ще не визначило всебічно і остаточно, які саме норми вважаються «допустимими» та «загальнозначними» як такі, що підпадають під поліцейські повноваження чи регуляторну владу держав і, таким чином, не підлягають компенсації» (п. 141) [22].

Різні трибунали висловлювали різні думки щодо цього. Наприклад, у справі *Chemtura v. Canada* арбітражний суд зазначив, що заходи відповідача щодо заборони ліндану (синтетичний хлорорганічний інсектицид, який зараз загалом обмежений у використанні через токсичність та стійкість у навколишньому середовищі) уживались «у межах його мандата, недискримінаційним чином, мотивованим усе більшим усвідомленням небезпеки, яку становить ліндан для здоров’я людини та навколишнього середовища. Захід, ужитий за таких обставин, є законним здійсненням поліцейських повноважень держави і, як результат, не є експропріацією» (п. 266) [23].

Навпаки, у справі *Santa Elena v. Costa Rica* Трибунал зазначив, що екологічні заходи, ужиті державою, «якими б похвальними та корисними вони не були для суспільства загалом, є подібними до будь-яких інших експропріаційних заходів, які держава може здійснити для реалізації своєї політики: там,

де майно експропрійоване, навіть для екологічних цілей, національних чи міжнародних, держава все одно зобов’язана виплатити компенсацію» (п. 72) [24].

Доктрина поліцейських повноважень розглядалася багатьма арбітражами для визначення, чи відбувалася непряма експропріація. Так, арбітраж у справі *Sedco Inc v. National Iranian Oil Co* зазначив, що «ухваленим принципом міжнародного права є те, що держава не несе відповідальності за економічну шкоду, яка є наслідком добросовісного (*bona fide*) регулювання» (п. 275) [25].

У справі *Burlington v. Ecuador* арбітраж визначив, що регулятивні заходи держав, які становлять поліцейські повноваження, не вважаються експропріацією, навіть якщо їхнім результатом є суттєве позбавлення іноземних інвестицій (п. п. 472–485) [26].

У справі *Feldman v. Mexico* арбітраж зазначив, що для того, щоб відрізнити експропріаційні та регуляторні заходи, важливо проаналізувати характер заходу, визначити, є він дискримінаційним чи свавільним [27]. Арбітраж вирішив, що держава не несе відповідальності за втрату майна через добросовісні загальні норми, передбачені поліцейськими повноваженнями держави: «Уряди повинні мати свободу діяти в широких суспільних інтересах, захищати навколишнє середовище, нові або модифіковані податкові режими, надання або скасування державних субсидій, зниження або підвищення рівнів тарифів, уведення обмежень на зонування тощо» (п. 83) [27]. Він також зазначив, що «розумне державне регулювання такого типу не може бути досягнуте, якщо будь-який бізнес, який зазнає негативних наслідків, може вимагати компенсації, і можна з упевненістю сказати, що міжнародне звичаєве право це визнає» (п. 83) [27].

У справі *Methanex v. US* арбітраж також підтримав доктрину поліцейських повноважень та зазначив, що регуляторний захід є законним та не підлягає компенсації: «Недискримінаційне регулювання для суспільних цілей,

яке здійснюється відповідно до належної процедури і впливає, серед іншого, на іноземного інвестора чи інвестицію, не вважається експропріацією, що підлягає компенсації, окрім випадків, коли уряд держави, що приймає, висловив майбутньому можливому інвестору зобов'язання стосовно того, що держава, яка приймає, утримається від таких регуляторних дій» (ч. IV, р. D, п. 6) [28].

Це також було визнано у справі *Suez v. Argentina*: «<...> держави мають законне право здійснювати свої поліцейські повноваження для захисту суспільних інтересів, і що доктрина поліцейських повноважень <...> є особливо доречною у випадках експропріації, коли арбітраж повинен збалансувати майнові права інвестора із законною й обґрунтованою потребою регулювання державою» (п. 147) [29].

У справі *Saluka v. Czech Republic* арбітраж сформулював таке: «Зараз у міжнародному праві встановлено, що держави не несуть відповідальності щодо виплати компенсації іноземному інвестору, коли за звичайного здійснення своїх регуляторних повноважень вони в недискримінаційний спосіб ухвалюють добросовісні (*bona fide*) норми, спрямовані на загальний добробут» (п. 255) [22]. Арбітраж також прокоментував поліцейські повноваження та відсутність вимоги щодо компенсації: «Принцип, згідно з яким держава не здійснює експропріацію і, таким чином, не несе відповідальності за виплату компенсації позбавленому права іноземному інвестору, коли вона ухвалює загальні положення, які є загальноновизнаними в межах поліцейських повноважень держав, нині є частиною звичаєвого міжнародного права» (п. 262) [22].

3. Доктрина пропорційності.

Іншою доктриною, яка використовується для визначення непрямой експропріації, є доктрина пропорційності. Ця доктрина виникла в результаті викликів, які можуть бути в доктринах єдиного ефекту та поліцейських повноважень.

Аналіз пропорційності даної концепції передбачає пошук балансу між метою

регуляторних заходів держав, що приймають, та впливом таких заходів на інтереси іноземних інвесторів. Він також розглядає додаткові чинники, як-от підхід держави перебування та законні очікування інвесторів.

Тест пропорційності вперше застосовано у справах *S.D. Myers v. Canada* [30] та *Pope & Talbot v. Canada* [31]. Пізніше, у справі *Tecmed v. Mexico*, Трибунал зробив посилення на ЄСПЛ під час застосування тесту на пропорційність, припустив, що тест на пропорційність може застосовуватися судами-інвесторами, як це застосовується ЄСПЛ: «Після встановлення, що регуляторні дії та заходи не будуть одразу виключені з визначення експропріаційних актів, крім негативного фінансового впливу таких дій чи заходів, для визначення, чи мають вони характеризуватися як експропріаційні, арбітраж розгляне, чи є такі дії чи заходи пропорційними суспільним інтересам, що захищаються цими заходами, а також захисту, законно наданому інвестиціям, беручи до уваги, що значення такого впливу відіграє ключову роль у вирішенні пропорційності» (п. 122) [15].

Щодо тесту на пропорційність, арбітраж у справі *Tecmed v. Mexico Tribunal* зазначив: «Повинна існувати розумна пропорційність між впливом заходу, накладеного на іноземного інвестора, і метою, яку прагнуть досягти будь-яким заходом експропріації. Для оцінки такого впливу заходу дуже важливо оцінити масштаб позбавлення права власності, спричиненого діями держави, та визначити, було таке позбавлення компенсовано чи ні». Арбітраж далі процитував справу ЄСПЛ *James v. United Kingdom* [32] як джерело тесту пропорційності під час урегулювання спору між інвестором та державою: «Необхідним є не тільки те, щоб захід, який позбавляє особу її власності, мав законну мету «в інтересах суспільства», а також і те, що має існувати розумне співвідношення пропорційності між ужитими засобами та метою, яку прагнуть реалізувати <...> Необхідного балансу не буде знайдено, якщо зацікавлена особа

повинна була нести «індивідуальний та надмірний тягар»» (п. 122) [15].

Однак є основні відмінності в застосуванні критерію пропорційності в урегулюванні спорів між інвестором і державою й у справах ЄСПЛ, і арбітраж у справі *Tectmed v. Mexico* зазнав критики за таке посилення та створення сподівань, що тест пропорційності у спорах між державою й інвесторами буде застосовано так, як і в ЄСПЛ [33, с. 131].

Перша суттєва відмінність полягає в тому, що у справі *James v. United Kingdom* ЄСПЛ спочатку встановив факт експропріації, а потім застосував тест на пропорційність. У *Tectmed v. Mexico* арбітраж застосував тест пропорційності, щоб встановити, що захід є експропріаційним. Друга відмінність полягає в тому, що арбітражі між державою й інвестором не встановили рамки для застосування тесту пропорційності. У практиці ЄСПЛ тест на пропорційність складається з вимог відповідності, необхідності та пропорційності [34, с. 469]. Урегулювання спорів між державою й інвесторами не має єдиного підходу до оцінки вимог пропорційності та не застосовує триступеневий підхід ЄСПЛ, адже, наприклад, у *Tectmed v. Mexico* арбітраж зосереджувався на вимозі пропорційності (п. 122) [15], тоді як у *S.D. Myers v. Canada* (п. п. 255, 261, 263) [30] та *Pope & Talbot v. Canada* (п. п. 123, 125, 128) [31] застосовувався чинник необхідності.

Підхід уточнення доктрини поліцейських повноважень

Підхід визначення критеріїв для розмежування непрямой експропріації та права на регулювання, тобто уточнення доктрини поліцейських повноважень, знайшов своє відображення в міжнародних інвестиційних угодах та типових ДІДах деяких держав, особливо в пояснювальних додатках до положення про експропріацію. Перші пояснювальні додатки почали з'являтися у 2000-х рр., надавали перелік чинників, які варто брати до уваги арбітражам під час вирішення питання про те, чи є певний захід, ужитий державою, що приймає, насправді непрямой експропріацією.

Підхід уточнення доктрини поліцейських повноважень заснований на доктрині радикальних поліцейських повноважень, але, на відміну від останньої, він «залишає відкритими двері для можливості того, що недискримінаційний захід, уведений відповідно до процедури та який має мету, що відповідає суспільним інтересам, можна схарактеризувати як експропріацію, що підлягає компенсації, а не як регулювання, що не підлягає компенсації» [35]. Ідея цього підходу полягає в тому, що держави можуть нести відповідальність «за рідкісних обставин» за непрямий вплив на інвестиції завдяки своїм регуляторним заходам [33, с. 125–126]. Під час порівняння тесту пропорційності та підходу уточнення арбітраж повинен враховувати всі обставини справи, але підхід уточнення доктрини поліцейських повноважень є більш сприятливим, оскільки передбачає, що держави, що приймають, мають право на вжиття регуляторних заходів для захисту або підтримання суспільного інтересу, але у виняткових обставинах такі заходи можуть становити непрямую експропріацію. Застосування цього підходу дозволяє встановити високий поріг для арбітражів у справах між державою й інвестором для ухвалення рішення щодо успішності позовів стосовно непрямой експропріації.

Наприклад, ця доктрина була кодифікована в Додатку Б до Типової двосторонньої інвестиційної угоди США в результаті позовів до США згідно зі ст. 1110 НАФТА та невідповідностей щодо визначення непрямой експропріації. Додаток Б до Американського типового ДІДу містить неповний перелік чинників, які варто брати до уваги, а саме: по-перше, економічний вплив заходу; по-друге, ступінь втручання уряду в чіткі, обґрунтовані інвестиційні очікування; по-третє, характер державного заходу [36].

Вищезгаданий перелік чинників не є вичерпним, що підтверджується формулюванням «серед інших факторів», три елементи – це сукупні фактори, які мають бути враховані.

Згідно з Типовим ДІДом Канади, «за винятком рідкісних обставин, наприклад, коли захід або низка заходів є настільки серйозними у світлі своєї мети, що їх не можна обґрунтовано розглядати як прийнятні та застосовувані добросовісно, недискримінаційні заходи сторони, які призначені і застосовуються для захисту законних цілей суспільного добробуту, як-от охорона здоров'я, безпека та навколишнє середовище, не є непрямую експропріацією» [37].

В «Обміні листами про експропріацію» до Угоди про вільну торгівлю між США та Сінгапуром сторони заявили, що їхнє розуміння непрямой експропріації відповідає Типовому ДІДу Америки [38].

Комплексна економічно-торгова угода (далі – СЕТА) також містить Додаток про експропріацію, подібний до типових ДІДів США та Канади [39]. ЄС та США також включили Додаток про експропріацію до проекту Трансатлантичного торговельно-інвестиційного партнерства (далі – ТТІР) [40].

Положення, відмінне від додатків про експропріацію США та Канади, міститься в Комплексній інвестиційній угоді АСЕАН: «Недискримінаційні заходи держави-члена, які призначені та застосовуються для захисту законних цілей суспільного добробуту, як-от охорона здоров'я, безпека та навколишнє середовище, не є експропріацією типу, зазначеного в пп. 2 (b)» [41]. Пропуск «за винятком рідкісних обставин» говорить про те, що недискримінаційні регуляторні дії, ужиті для захисту цілей суспільного добробуту, ніколи не становлять непрямой експропріації.

Відповідно до ст. 20 (8) Інвестиційної угоди щодо спільного ринку Східної та

Південної Африки (COMESA) поліцейська влада є звичайним міжнародним правом: «Відповідно до права держав регулювати та звичайних норм міжнародного права щодо поліцейських повноважень, добросовісні регуляторні заходи, ужиті державою-членом, що призначені та застосовуються для захисту або покращення законних цілей суспільного добробуту, як-от охорона здоров'я, безпека та навколишнє середовище, не становлять непрямой експропріації відповідно до цієї статті» [42].

Висновки. Отже, зміна підходу до формулювання положень про експропріацію в інвестиційних договорах є необхідним кроком для забезпечення балансу між захистом інвесторів і правом держави на регулювання в суспільних інтересах. Додавання роз'яснень до інвестиційних угод допомагає досягти більш точного визначення непрямой експропріації, що сприятиме більшій послідовності та передбачуваності під час вирішення спорів. Додатки до типових ДІДів США та Канади, Комплексної інвестиційної угоди АСЕАН, включення подібних положень в інші сучасні інвестиційні угоди є прикладом уточнення доктрини поліцейських повноважень, заснованого на презумпції на користь регуляторних повноважень держав, що може становити експропріацію в «окремих рідкісних випадках». Окрім того, важливим елементом є включення більш детальних положень стосовно того, які саме обставини можуть уважатися «окремими рідкісними випадками». Досвід інших країн на прикладі двосторонніх і багатосторонніх інвестиційних договорів може бути корисним для України під час укладення нових й вдосконалення наявних угод.

Анотація

У статті розглянуто питання відсутності визначення непрямой експропріації та непослідовного підходу до тлумачення положення про непряму експропріацію міжнародними арбітражними установами. Автором досліджено двосторонні інвестиційні договори України та визначено, що положення стосовно експропріації сформульовані дуже широко та не містять визначень стосовно того, які заходи є регулятивними заходами держави. Автором проаналізовано доктрини, що сформувалися в результаті арбітражної практики, з метою визначення, який підхід до визначення непрямой експропріації у двосторонніх інвестиційних договорах України

дозволить зберегти баланс між захистом іноземних інвесторів та правом держави на регулювання. На основі детального аналізу та порівняння положень різних інвестиційних угод у статті наведено аргументи стосовно того, чому доктрина поліцейських повноважень з уточненнями, а саме включення положень про регулятивні заходи та визначення, які саме випадки не вважаються непрямою експропріацією, є оптимальною для збереження права держав на вжиття регуляторних заходів без негативного впливу на захист іноземних інвестицій. З кожним роком усе більше країн переглядають підхід до формулювання положень інвестиційних договорів. Велика кількість сучасних інвестиційних угод передбачає, що, за винятком рідкісних обставин, недискримінаційні регуляторні дії, які застосовуються державою, що приймає, для захисту законних цілей суспільного добробуту, як-от охорона здоров'я, безпека та навколишнє середовище, не становлять непрямої експропріації або можуть становити непряму експропріацію тільки у виняткових випадках. Досвід інших країн на прикладі двосторонніх і багатосторонніх інвестиційних договорів може бути корисним для України під час укладення нових і вдосконалення наявних угод.

Ключові слова: міжнародні інвестиції, непряма експропріація, регулятивні заходи, поліцейські повноваження, інвестиційні договори.

Volkova I.O. Ensuring a balance between protection of investors from indirect expropriation and regulatory powers of states

Summary

The present paper focuses on the issue of lack of indirect expropriation definition and inconsistency in approaches to the interpretation of indirect expropriation by international investor-state tribunals. The author examines bilateral investment agreements of Ukraine and determines that the provisions on expropriation are formulated very broadly and do not define what measures are regulatory measures of the state. The author analyzes the doctrines formed as a result of arbitration practice in order to determine which approach to the definition of indirect expropriation in bilateral investment agreements of Ukraine will help maintain a balance between the protection of foreign investors and the regulatory powers of state. Based on a detailed analysis and comparison of the provisions of different investment agreements, this article suggests that the doctrine of police powers with clarifications, namely the inclusion of provisions on regulatory measures and determining which cases are not considered indirect expropriation, is necessary for keeping balance between public and private interests. Every year, more and more countries are reconsidering their approach to formulating provisions of investment agreements. Many modern investment agreements stipulate that, except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory measures applied by the host state to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation or may constitute indirect expropriation only in exceptional cases. Examples of other countries' bilateral and multilateral investment agreements can be useful for Ukraine when concluding new and improving existing investment agreements.

Key words: international investments, indirect expropriation, regulatory measures, police powers, investment agreements.

Список використаних джерел:

1. Investment Policy Framework for Sustainable Development / UNCTAD. *UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development*. 2015. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf.
2. International Investment Agreements Reform Accelerator / UNCTAD. *UNCTAD International Investment Agreements Reform Accelerator*. 2020. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf.

3. Expropriation / UNCTAD. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. 2012. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf.
4. ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit, 1998, Article 1. URL: https://acts.asean.org/Legal_Framework/asean-framework-agreement-facilitation-goods-transit-afafgit.
5. North American Free Trade Agreement, 1994, Article 201. URL: <https://www.cbp.gov/trade/nafta>.
6. United Nations Conference on Trade and Development, Most Favoured Nation Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (United Nations, 2010). URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20101_en.pdf.
7. Wortley B. Expropriation in International Law. Cambridge University Press, 1959. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/netherlands-international-law-review/article/abs/b-a-wortley-expropriation-in-public-international-law-cambridge-university-press-1959/370A41B88D71084B2C774735345D4AA2>.
8. Sax J. Takings and the Police Power. *Yale Law Journal*. 1964. URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol74/iss1/2>.
9. Brownlie I. Principles of Public International Law. 7th ed., Oxford : Oxford University Press, 2008. 872 p.
10. Chegade O. The Evolution of the Law of Indirect Expropriation and its Application to Oil and Gas Investment. *9 Journal of World Energy Law and Business*. 2016. P. 64–73.
11. Kriebaum U. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *The Journal of World Investment & Trade*. 2007. Vol. 8. № 5. P. 714–744.
12. Nikiema S. Best Practices: Indirect Expropriation. IISD Best Practice Series, 2012. URL: <https://www.iisd.org/publications/best-practices-indirect-expropriation>.
13. Heiskanen V. The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal. *8 Journal of World Investment and Trade*. 2007. P. 215–231.
14. Metalclad Corporation v. Mexico (Metaclad), Award (2000), ICSID Case № ARB (AF)/97/1.
15. Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican (Tecmed v. Mexico), Award (2003), ICSID Case № ARB(AF)00/2.
16. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia (Nykomb v. Latvia), Award (2003), SCC Case № 118/2001.
17. S.D. Myers Inc v. Government of Canada (S.D. Myers v. Canada), First Partial Award (2000). *UNCITRAL*.
18. LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International, Inc v. Argentine Republic (LG&E v. Argentina), Award (2007), ICSID Case № ARB/02/1.
19. CCL v. Republic of Kazakhstan (CCL v. Kazakhstan), Award (2004), SCC Case № 122/2001.
20. Mann H. NAFTA Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor State Process on the Environment. IISD, 1999. URL: <https://www.iisd.org/system/files/publications/naftasummary.pdf>.
21. Black's Law Dictionary. 10th ed. United States of America : Thomson Reuters, 2014. 2052 p.
22. Saluka Investments BV v. Czech Republic (Saluka v. Czech Republic), Partial Award (2006). *UNCITRAL*.
23. Chemtura Corporation v. Government of Canada (Chemtura v. Canada), Final Award (2010). *UNCITRAL*.
24. Compacia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (Santa Elena v. Costa Rica), Award (2000), ICSID Case № ARB/96/1.
25. Sedco Inc v. National Iranian Oil Company, Interlocutory Award № ITL 55–129–3 (1985). *9 Iran-US Claims Tribunal Reports*. 248.

26. Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador (Burlington v. Ecuador), Decision on Liability (2012), ICSID Case № ARB/08/5.
27. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States (Feldman v. Mexico), Award (2002), ICSID Case № ARB(AF)/99/1.
28. Methanex Corporation v. United States of America (Methanex v. United States), Final Award (2005). *UNCITRAL*.
29. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v. Argentine Republic (Suez v. Argentine), Award (2015), ICSID Case № ARB/03/19.
30. S.D. Myers Inc v. Government of Canada (S.D. Myers v. Canada), Award (2002). *UNCITRAL*.
31. Pope & Talbot Incorporated v. Canada (Pope & Talbot v. Canada), Award (2002). *UNCITRAL*.
32. James and Others v. the United Kingdom (James v. United Kingdom), ECtHR (1986), Series App № 8793/79.
33. Bucheler G. Proportionality in Investor-State Arbitration. 1st ed. Oxford : Oxford University Press, 2015. 368 p.
34. Gerards A. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights. *II (2) International Journal of Constitutional Law*. 2013. P. 466–490.
35. Radi Y. Philip Morris v Uruguay: Regulatory Measures in International Investment Law: To Be or Not To Be Compensated? *Foreign Investment Law Journal*. 2008. URL: <https://academic.oup.com/icsidreview/article/33/1/74/4832553?login=true>.
36. 2012 U.S. Model Bilateral Investment, Annex B, s 4 (a). URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.
37. 2004 Canadian Model BIT, Annex B.13 (1) (c). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download>.
38. The United States-Singapore Free Trade Agreement, 2004/ URL: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf.
39. The Comprehensive Economic and Trade Agreement, 2017, Annex 8-A (1–3). URL: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>.
40. Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-Commerce’, Annex I. URL: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>.
41. ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Annex 2, Art. 4. URL: <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf>.
42. Investment Agreement for the COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa) Common Investment Area, Art. 20 (8). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement>.