

**Бойчук Роман Петрович,**  
*к.ю.н., провідний науковий співробітник*  
*НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку*  
*НАПрН України*

## **ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ІНВЕСТИЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ**

В сьогоденні соціально-політичних умовах та стану економіки знову надзвичайно гостро постають питання сутності інвестицій і проблем їх правового регулювання. У вітчизняному законодавстві

дано декілька визначень поняття «інвестиції». Поняття «інвестиції» та всіх її похідних зазначаються у ПК та ГК. Крім того, цей термін та його похідні використовуються і в інших нормативно-правових актах, а саме у: 1) Бюджетному кодексі України від 08.07.2010 р. № 2456-УІ; 2) Законі України від 18.09.1991 р. № 1560-ХІІ «Про інвестиційну діяльність»; 3) Законі України від 15.03.2001 р. № 2299-НІ «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)»; 4) Законі України від 19.03.1996 р. № 93/96-ВР «Про режим іноземного інвестування»; 5) Законі України від 15.07.1999 р. № 977-ХІУ «Про внесення змін до деяких законів України з метою стимулювання інвестиційної діяльності»; 6) Законі України від 23.02.2006 р. № 3480-ГУ «Про цінні папери та фондовий ринок»; 7) Законі України від 30.10.1996 р. № 448/96-ВР «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» та інших нормативно-правових актах. Закону України «Про інвестиційну діяльність» кореспондують положення близько 200 законодавчих і підзаконних нормативних актів. Україна є стороною більше 70 двосторонніх угод про захист інвестицій, однак немає універсальних міжнародних договорів, які б встановлювали одноманітність до визначення понять та стандартів як правого регулювання інвестиційної діяльності, так і захисту прав іноземної власності. Отже, одна з основних проблем, яка призводить до колізійної ситуації в українському законодавстві пов'язана з розбіжностями в застосуванні тих чи інших термінів та їх визначень. Уже сьогодні варто формувати національний єдиний нормативно-правовий простір і забезпечувати однозначність застосування юридичної, економічної та фінансової термінології і в межах окремих нормативно-правових актів, і в рамках усього галузевого законодавства.

Але в будь-якому випадку визначення інвестицій пов'язують із використанням капіталу або довгостроковими капітальними вкладеннями з метою одержання прибутку. Таким чином, інвестиції мають фінансовий і виробничий аспекти. Аналіз наукових досліджень та законодавчої регламентації інвестицій дозволяють виділити кілька основних ознак: 1) інвестиції – це всі види майнових та інтелектуальних цінностей. Такі цінності повинні бути не вилучені з обороту

або не обмежені в обороті відповідно до законів України; 2) інвестиції є капіталом, власністю в різних видах і формах, які вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (доход) та/або досягається соціальний та екологічний ефект. Це зумовлює важливість інституту власності для визначення юридичної суті інвестицій; 3) зазначені цінності набувають статус інвестицій після їх вкладення в об'єкти господарської діяльності; 4) строк вкладення повинен бути достатнім для досягнення мети інвестування, тобто інвестиції мають довгостроковий характер; 5) вкладення відбувається в об'єкти господарської діяльності, які являють собою будь-яке майно, в тому числі основні фонди і оборотні кошти в усіх галузях та сферах народного господарства, цінні папери, цільові грошові вклади, науково-технічна продукція, інтелектуальні цінності, інші об'єкти власності, а також майнові права; 6) цінності, що вже вкладені в об'єкти господарської діяльності, підлягають використанню у процесі господарської діяльності: підприємницької або некомерційної; 7) метою інвестування є створення прибутку (доходу) та/або досягнення соціального та екологічного ефекту.

Але в цих визначеннях, такій правовій регламентації не врегульований баланс приватних та публічних інтересів в інвестиційній сфері. В Конституції України (ст.42), ЦК України (ст.3), Господарському кодексі (ст. 42) на рівні принципів положень закріплено, що кожен має право на заняття підприємницькою діяльністю, яка не заборонена законом. Такий спосіб обмеження свободи підприємницької діяльності, який встановлений в цих нормах, не відображає необхідного балансу інтересів особи та суспільства. Підтвердженням тому наше повсякденне господарське життя, в якому підприємці здійснюють свою діяльність. Виявляється домінування не позитивної свободи підприємництва з урахуванням соціальної направленості, потреб суспільства, окремого громадянина, а на оборот – основна цілеспрямованість на отримання прибутку призводить до негативних тенденцій, які відображають дисбаланс публічних та приватних інтересів. Таким чином, здебільшого в суспільстві реалізується негативна свобода суб'єктів господарювання, що в свою чергу потре-

бує певного законодавчого уточнення поняття підприємницької діяльності та поняття інвестицій. Держава повинна чітко визначити своє місце і роль в регулюванні господарської діяльності.

Звернімося до міжнародно-правового визначення «інвестицій». Міжнародно-правові акти не містять поняття «інвестицій», а лише формулюють неповний перелік прав і інтересів, що охороняються в якості інвестицій, роблячи це, в основному, без текстової ув'язки з питаннями сприяння розвитку. Аналогічно цьому, також нічого не говориться про поняття інвестиції в положенні статті 25 (1) Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (КУИС). Тут вказується лише: «В компетенції Центру знаходиться вирішення правових суперечок, що виникають безпосередньо із стосунків, пов'язаних з інвестиціями, між Договірною державою (чи будь-яким уповноваженим органом Договірної держави, про яку повідомлено Договірною державою Центру) і особою іншої Договірної держави, за умови наявності письмової згоди учасників суперечки про передачу такої суперечки для розгляду Центру».

Незважаючи на відсутність детального визначення поняття інвестиції в Конвенції, на основі арбітражної судової практики, і, в першу чергу, в рішенні у справі *Salini v. Morocco*, були сформульовані критерії, по яких чіткіше визначається предметна юрисдикція МЦУИС. Бо із самого початку було ясно, що не усі економічні угоди і операції, наприклад, звичайний договір про міжнародне постачання товарів, повинні підпадати під юрисдикцію МЦУИС. Так званий «тест Salini» встановлює в цьому плані ряд особливостей, які використовуються для дефініції інвестицій і їх відмітних ознак в порівнянні з іншими економічними операціями. Відповідно до тесту Salini для інвестицій типовими є наступні характеристики: 1) матеріальний вклад інвестора в певний проект; 2) визначена тривалість обґрунтованих таким чином економічних стосунків; 3) наявність у інвестора мети отримати прибуток; 4) прийняття ним економічного ризику; 5) сприяння інвестиції розвитку приймаючої держави.

Таким чином, необхідно законодавчо закріпити мету підприємницької діяльності та мету реалізації інвестицій в позитивному еко-

номічному, соціальному, екологічному ефекті ефекті, що сприяло б розвитку держави.

Під позитивним економічним ефектом слід розуміти одержання прибутку/доходу, розвиток підприємництва, виробництва, реконструкцію та технічне переозброєння основного капіталу на основі широкого, масового впровадження інновацій. Позитивний соціальний ефект – це задоволення суспільних потреб у соціальній сфері, технічне і технологічне вдосконалення виробництва, створення нових робочих місць для громадян, які потребують соціального захисту, впровадження відкриттів і винаходів, досягнення в агропромисловому комплексі, у виробництві будівельних матеріалів, в галузі освіти, культури, охорони навколишнього середовища і здоров'я тощо.

Ми знаходимося на порозі значного дійства в економіці нашої держави - це масової приватизації, тому з особливою гостротою постають питання забезпечення балансу приватних та публічних інтересів в підприємстві та інвестиційній діяльності. В сучасних економічних, політичних умовах, в яких знаходиться Україна стрімко загострюються проблеми правового регулювання іноземного інвестування. Інвестиції, на відміну від торгівлі, є могутнішим засобом втручання в економічний суверенітет. Для стабільного розвитку економіки держави важлива не лише кількісна, але і якісна характеристика інвестиційних вкладень. Саме якісна складова інвестицій, їх зміст може викликати виникнення загроз для національної безпеки держави в глобальних масштабах. Як показує світовий досвід, іноземні інвестори, використовуючи свою зверх мобільність, здатні оперативного акумулювати свої фінансові можливості в тій або іншій сфері економіки для вилучення максимального прибутку й так само швидко вивезти із країни-реципієнта свої капітали, незважаючи на національні інтереси даної держави. У багатьох випадках закордонні інвестори не планують довгострокові капіталовкладення в Україні. Це змушує державу вести збалансовану політику регулювання іноземних інвестицій. Завдання полягає в тім, щоб удосконалюючи механізми регулювання, як на національному, так і на міжнародно-правовому рівні, знайти оптимальне поєднання інтересів держави й іноземних інвесторів.

Слід зазначити про наявність законодавчих обмежень щодо деяких об'єктів для іноземного інвестування. Законами України можуть визначатися території, на яких діяльність іноземних інвесторів і підприємств з іноземними інвестиціями обмежується чи забороняється, виходячи з вимог забезпечення національної безпеки. Так, ст. 13 Конституції України встановлює, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Земля, що є основним національним багатством, перебуває під особливою охороною держави. Ч. 3 ст. 33 та ч. 3 ст. 35 Земельного кодексу України дозволяє отримувати іноземним громадянам землі сільськогосподарського призначення лише в оренду.

Відповідно до ч. 1 ст. 394 ГК, на території України щодо іноземних інвестицій встановлюється національний режим інвестиційної діяльності, за винятками, передбаченими ГК, іншими законами і чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Для іноземних інвесторів на території України встановлюється національний режим інвестиційної та іншої господарської діяльності, за винятками, передбаченими законодавством України та міжнародними договорами України.

Треба відзначити певну практику встановлення винятків з національного режиму в двосторонніх інвестиційних угодах. Винятки з національного режиму можуть мати стимулюючий або обмежувальний характер. Можливість встановлення стимулюючих винятків закріплена в ч. 3 ст. 394 ГК, згідно з якою у державних програмах залучення іноземних інвестицій в пріоритетні галузі економіки та соціальну сферу може бути передбачено встановлення додаткових пільг для суб'єктів господарювання, що здійснюють діяльність у цих сферах.

Іноземні інвестори можуть брати участь у приватизації майна державних підприємств у порядку, визначеному приватизаційним законодавством. Тому знову ж постає питання визначення поняття «іноземний інвестор».

В різних країнах можуть існувати різні підходи для визначення поняття «іноземний інвестор». В одних випадках це робиться через: – перелік чітко окреслених ознак, притаманних іноземному інвестору; – через детальний перелік категорій інвесторів; – через прив'язку до інвестиційної діяльності взагалі; – через прив'язку до положень, що регулюють валютні операції.

Стаття 1 ЗУ «Про режим іноземного інвестування» визначає іноземних інвесторів як суб'єктів, які провадять інвестиційну діяльність на території України, а саме: юридичні особи, створені відповідно до законодавства іншого, ніж законодавство України; фізичні особи – іноземці, які не мають постійного місця проживання на території України і не обмежені у дієздатності; іноземні держави, міжнародні урядові та неурядові організації; інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, які визнаються такими відповідно до законодавства України. Проте таке визначення безвідносно до походження інвестора та його капіталу. Український законодавець наводить невичерпний перелік осіб, які можуть бути іноземними інвесторами, та зазначає, що ці суб'єкти провадять інвестиційну діяльність на території України.

Необхідно звернути увагу на той факт, що існування міжнародно-правового регулювання іноземних інвестицій призводить до певного розширення кола суб'єктів, які можуть бути визнані в Україні як іноземні інвестори. Згідно з деякими міжнародними договорами України до нього включаються: – підприємства з іноземними інвестиціями, що контролюються іноземними інвесторами; – громадяни України, які постійно проживають за кордоном; – організації та інші утворення, що не мають статусу юридичної особи). Тому, вирішуючи питання про визнання інвестора іноземним, поряд з критеріями, закріпленими в ст.1 ЗУ «Про режим іноземного інвестування», необхідно враховувати критерії, закріплені в численних двосторонніх угодах України про взаємне заохочення та захист інвестицій (у випадку розбіжностей останні матимуть пріоритет).

Інтереси закордонних партнерів нерідко розходяться із загальнонаціональними інтересами сторони, що приймає інвестиції. За ступенем цієї розбіжності іноземних інвесторів поділяють на добросовісних, недобросовісних та псевдо інвесторів.

Домінуючою формою іноземного інвестування є прямі іноземні інвестиції транснаціональних корпорацій. Все це потребує розгляду питання щодо мети і завдань діяльності ТНК та загроз, які вони можуть нести економіці України<sup>1</sup>.

Існуюче українське інвестиційне законодавство спрямоване на залучення іноземного капіталу і створення сприятливого інвестиційного клімату, проте воно не відповідає цьому своєму основному призначенню. Також воно не відповідає потребам нової ринкової кон'юнктури, що складається, і, відповідно, не здатне запобігти загрозам економічної безпеки держави. Застосовуючи систему допуску іноземних інвестицій, держава зобов'язана: а) спрощувати (facilitate) допуск і здійснення (establishment) інвестицій національними приватними особами інших держав; б) уникати створення невідповідно складної процедури регулювання або встановлення в законі умов, виконання яких є необхідним для одержання допуску.

З метою спрощення допуску і здійснення іноземних інвестицій український законодавець скасував їх державну реєстрацію. Запроваджений заявницький принцип державного обліку інвестицій, відповідно до якого подання статистичної звітності про здійснення іноземних інвестицій буде здійснюватися підприємствами з іноземними інвестиціями та установами банку. Загальний табель (перелік) форм державних статистичних спостережень на 2017 рік (наказ Держстату від 29 грудня 2016 року № 259) вказує, що квартальний Звіт про прямі іноземні інвестиції (форма № 10-зез) подають юридичні особи (резиденти), які одержали прямі інвестиції від нерезидентів, філії та постійні представництва нерезидентів в Україні. Проте такий крок може бути передчасним. Державна реєстрація іноземних інвестицій це вид засобу державного регулювання допуску та безперервного контролю з боку приймаючої держави з метою забезпечення балансу приватних та публічних інтересів, виконанням іноземним інвестором норм національного законодавства та реалізації забезпечення гарантій щодо здійснення інвестиційної діяльності.

---

<sup>1</sup> Нижник Н. Р., Ситник Г. П., Білоус В. Т. Національна безпека України (методологічні аспекти, стан і тенденції розвитку): Навчальний посібник. – К.: Преса України. 2008. – 304 с.



Сукупність зобов'язань приймаючої держави в ході допуску на свою територію іноземного інвестора передбачає створення сприятливих умов для закордонного підприємця. Проте, дотепер відсутня конвенційна вимога до приймаючої країни щодо закордонного інвестування.

Найбільш ефективним рішенням проблеми правового регулювання іноземних інвестицій є відкритий доступ, можливо, у рамках списку галузей, відкритих для іноземних приватних інвестицій (при існуванні списку обмеженого числа галузей, видів діяльності, закритих для іноземних інвестицій або потребуючих оцінок умов допуску (screening), ліцензування).