
ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

УДК 341.232

К. П. БОНДАР,
аспірантка

**РОЗГЛЯД СПОРІВ ЗА УЧАСТЮ УКРАЇНИ
АРБІТРАЖНИМИ ТРИБУНАЛАМИ МІЖНАРОДНОГО ЦЕНТРУ
З УРЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ**

Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів (англ. – ICSID; далі – МЦУІС) було засновано Вашингтонською Конвенцією про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (далі – Конвенція). 159 держав підписали і 150 держав, у тому числі Україна, ратифікували Конвенцію. Останнім часом склалася стійка тенденція вказувати в інвестиційних угодах саме МЦУІС як орган, повноважний приймати рішення у спорах, що випливають з інвестиційних угод. Відповідно механізми Центру часто застосовують для розгляду спорів між іноземними інвесторами і приймаючою державою.

За час існування МЦУІС було зареєстровано близько 500 справ. Переважна більшість цих справ (90 %) була розглянута за останні 15–20 років. У даний час на розгляді МЦУІС – 198 справ. Розподіл справ по регіонах стає дедалі різноманітнішим, і все більше позовів сьогодні ініціюють інвестори з країн, що розвиваються. 24 % усіх зареєстрованих справ припадає на Східну Європу і Центральну Азію [1].

Україна підписала Конвенцію 03 квітня 1998 р. і ратифікувала Законом України від 16 березня 2000 р. Україна виступала відповідачем у десяти справах, які розглядалися МЦУІС. П'ять із цих справ були вирішені на користь України (справи *Generation Ukraine*, *Tokios Tokelés*, *Bosh International* і *GEA Group*), три – на користь заявника, ще дві – врегульовані іншим чином. Зокрема, перша справа *Lemire* завершилася мировою угодою і врегулюванням без компенсації. У 2006 р. за згодою сторін було припинено провадження у справі *Western NIS Enterprise Fund* (розпочато за позовом американського фонду прямого інвестування, адже, як стверджував інвестор, українськими судами було відмовлено у визнанні й виконанні іноземного арбітражного рішення і внаслідок рішення, винесеного українським судом, він втратив значну частину інвестицій). Ще дві справи проти України (*Krederi Ltd.*; *City-State*

N.V., Praktyka Asset Management Company LLC, Crystal-Invest LLC and Prodiz LLC) наразі перебувають на розгляді.

Окремі рішення трибуналів МЦУІС у справах проти України вплинули на розвиток міжнародного інвестиційного права та інвестиційного арбітражу. У декількох рішеннях були сформульовані важливі положення, на які звертається увага в практиці трибуналів МЦУІС, науковій літературі і навчальних курсах.

Першою проти України була зареєстрована справа громадянина США Джозефа Леміра (*Joseph Lemire*) [2]. Її було зареєстровано 1998 р. і винесено рішення 18 вересня 2000 р. Справа стосувалася видачі ліцензії на радіотрансляцію «Гала Радіо» у деяких містах України. У цей час Україна ще не ратифікувала Конвенцію, тому справа розглядалася за правилами Додаткового засобу МЦУІС (*Additional Facility*). Сторони підписали мирову угоду, яку було затверджено рішенням арбітражного трибуналу і згідно з якою Україна повинна була вжити всіх можливих заходів для надання позитивного рішення про видачу ліцензій на відповідні радіочастоти і представити на вибір інвестору три місця для розташування салону краси (на умовах оренди).

Пізніше Джозеф Лемір подав новий позов проти України «*Джозеф Чарльз Лемір II проти України*». Позивач стверджував, що Україна одночасно порушила двосторонній Договір між Україною і США про захист інвестицій (далі – Договір), а також умови першого рішення і мирової угоди. 14 січня 2010 р. було винесене рішення з юрисдикції та відповідальності [3]. Це був перший випадок, коли встановлювалася відповідальність України за порушення прав іноземного інвестора відповідно до міжнародного договору про заохочення і захист інвестицій. Після завершення провадження Україна звернулася з заявою про анулювання рішення, в чому було відмовлено. У цій справі цікавим є питання наявності юрисдикції арбітражного трибуналу, а саме *ratione voluntatis* – наявність згоди сторін передати спір на розгляд відповідно до Конвенції. Трибуналом були відхилені обидва заперечення відповідача щодо юрисдикції, які полягали в тому, що: а) мирова угода була відображена в першому рішенні, а оскільки рішення має власну процедуру виконання (примусове виконання відповідно до Нью-Йоркської Конвенції), це означає, що сторони відмовилися від застосування положень мирової угоди про порядок вирішення спорів; б) мирова угода посилається на Правила додаткового засобу (*Additional Facility Arbitration Rules*), які більше не поширюються на Україну у зв'язку з ратифікацією нею Конвенції, а тому в юрисдикції повинно бути відмовлено. Трибунал протиставив перше рішення як додатковий засіб виконання і ст. 13 мирової угоди як засіб урегулювання договірного спору (адже мирова угода є, по суті, договором). Крім того, трибунал визнав арбітражне застереження в Мировій угоді дефектним і інтерпретував його, замінивши Правила додаткового засобу на Арбітражні правила МЦУІС. Таким чином, трибунал дійшов висновку про наявність юрисдикції [4].

Другою зареєстрованою справою проти України була справа американської компанії Дженерейшн Юкрейн (*Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*) (зареєстрована 20 жовтня 2000 р.), що завершилася рішенням на користь України

16 вересня 2003 р. [5]. Трибунал відхилив усі претензії інвестора, не знайшовши жодних порушень Договору між Україною та США про захист інвестицій. Інвестор стверджував, що він протягом шести років не міг реалізувати будівельний проект через дії органів місцевої влади, які він характеризував як низку актів втручання, рівносильних експропріації, що Україна позбавила його інвестицій у комерційну нерухомість і має відшкодувати йому збитки на суму понад \$9,4 млрд. Україна стверджувала, що трибунал не має юрисдикції розглядати спір, що Україною не порушено умови зазначеного Договору і що інвестор не довів факт настання збитків.

Хоча трибунал визнав, що пакет акцій позивача в компанії Дженерейшн є інвестицією в значенні ст. I Договору, трибунал дійшов висновку, що права власності на цю компанію не були порушені поведінкою, на яку скаржився позивач. Було встановлено, що відмова органів місцевої влади надати переглянуті договори оренди землі не мало наміром позбавити позивача правової основи його права приступити до будівництва. Трибунал зазначив, що дії Київської міської державної адміністрації «не наблизилися до створення постійної або непоправної перешкоди для використання, використання або утилізації позивачем своїх інвестицій». Аргументи позивача щодо непрямой експропріації таким чином не отримали підтримки трибуналу. Трибунал також зазначив, що не здійснює функцію адміністративного органу перегляду і перевірки того, чи муніципальні органи виконують свої функції старанно, сумлінно або ефективно, адже це сфера компетенції національних судів і трибуналів. Крім того, арбітражне рішення є цікавим з погляду розподілу арбітражних витрат на користь відповідача. Трибунал піддав особливій критиці спосіб представлення позову позивачем, охарактеризувавши його легковажним і недобросовісним, і зобов'язав інвестора відшкодувати витрати, яких зазнала Україна, у розмірі \$ 365 тис. [5].

Справа *Tokios Tokeles* є однією із найвідоміших справ проти України в міжнародному інвестиційному арбітражі. Ця справа часто цитується в спеціалізованих юридичних виданнях [6, с. 48]. Розгляд справи *Tokios Tokeles* тривав майже п'ять років (2002–2007 рр.), вартість позову становила близько \$ 65 млн, але рішенням було визнано необґрунтованість вимог позивача і винесено рішення на користь України. У цій справі цікавим є питання про юрисдикцію трибуналу розглядати спір. Рішенням *Tokios Tokeles* [7] було продемонстровано, що склад арбітражу строго застосовує критерії національної належності, встановлені в міжнародних інвестиційних угодах. Основною вимогою арбітражу МЦУІС є те, що фізична або юридична особа повинна мати національність іншу ніж у країни-реципієнта інвестицій. Відповідно до ст. 25 Конвенції під «особами Договірної держави» слід розуміти, по-перше, «будь-яку фізичну особу, яка була громадянином Договірної держави іншої, ніж Держави, що виступає в якості сторони в спорі, на дату досягнення згоди сторонами про передачу спору для вирішення шляхом примирення чи арбітражу, так само як і на дату реєстрації заяви відповідно до пункту 3 статті 28 або пункту 3 статті 36, однак не є такою особою, яка будь-коли була громадянином Договірної держави, що виступає в якості сторони в такому спорі» і, по-друге,

«будь-яку юридичну особу, що є юридичною особою Договірної держави, іншої, ніж Держави, що виступає в якості сторони в спорі на день досягнення згоди про передачу спорів для вирішення шляхом примирення або арбітражу, а також будь-яку юридичну особу, що є юридичною особою Договірної держави, яка виступає в якості сторони в спорі, на день досягнення згаданої згоди, якщо в силу іноземного контролю, сторони домовились про те, щоб розглядати таку юридичну особу в якості особи іншої Договірної держави для цілей цієї Конвенції».

Оскільки Конвенція не містить визначення національної належності юридичної особи, Конвенція надає сторонам угод про захист інвестицій максимальну свободу у встановленні критеріїв для визначення цього поняття. Відповідно в таких угодах сторони прописують різні критерії (місце інкорпорації, місце здійснення основної діяльності, місце знаходження органу управління). Встановлювані критерії повинні відповідати єдиній вимозі про їх розумність. У деяких договорах основним критерієм є контроль, тобто національність компанії визначається національністю мажоритарних акціонерів компанії. Згідно з Конвенцією особа Договірної держави, що виступає стороною спору, може виступати в якості інвестора в силу наявності іноземного контролю, якщо сторони про це домовилися.

У справі *Tokios Tokelés* позивачем виступала компанія, зареєстрована в Литві і власники якої – головним чином громадяни України. Позивач інвестував у компанію «Такі справи» в Україні (діяльність у галузях реклами й видавництва), яку, за твердженням, позивача переслідували прокуратура і податкова служба, адже компанія діяла на користь опозиції. Трибунал постановив, що позивач є інвестором у значенні Договору між Литвою і Україною про захист інвестицій, бо цей договір використовує критерій інкорпорації. Україна стверджувала, що мав бути застосований тест контролю і трибунал повинен розглянути хто власники цієї юридичної особи. Проте арбітраж ухвалив, що тест контролю не може бути застосований, тому що в Договорі про захист інвестицій немає відповідного положення, а положення про іноземний контроль у ст. 25 Конвенції може бути застосоване тільки для розширення можливого обсягу охорони і застосування Конвенції, а не для його звуження. Крім того, не було підстав припускати, що власники позивача використовували корпоративну форму для зловживання перевагами такої форми. Україна стверджувала, що інвестиції мали походити з України, але трибунал вказав, що в застосованому Договорі про захист інвестицій або у відповідному законодавчому акті немає такої вимоги. Хоча один із арбітрів висловив окрему думку, що такий підхід –проти філософії Конвенції, адже інвестиції повинні мати справді міжнародний характер і походження капіталу відповідно має значення, більшість складу арбітражу дійшли висновку, що походження капіталу не має значення для визначення юрисдикції МЦУС.

Отже, рішенням у справі *Tokios Tokelés* було стверджено, що критерій іноземного контролю може застосовуватися лише за наявності спеціальної угоди сторін, яка звичайно міститься в конкретній інвестиційній угоді. Якщо його використання не передбачено, склад арбітражу не може застосовувати критерій

рій контролю для визначення національності юридичної особи за власною ініціативою. Варто зазначити, що держави-реципієнти інвестицій мають певні можливості для того, щоб склад арбітражу враховував походження капіталу при визначенні суб'єктної компетенції. По-перше, держави можуть більш ретельно підходити до вибору критеріїв, які використовуються для визначення національності інвестора, використовуючи критерії контролю і місця здійснення реальної економічної діяльності. По-друге, держави можуть включити в текст угод так звані положення про відмову в привілеях.

Важливим питанням для визначення юрисдикції МЦУІС є питання визначення інвестиції. У справі *Global Trading Resource Corp. and Globex International v. Ukraine* трибунал послідував об'єктивному підходу до визначення івестиції (відповідно до якого Конвенція містить певне поняття інвестиції, що може бути пояснене через певні характеристики) і на підставі попереднього заперечення про відсутність юрисдикції відмовив у розгляді на підставі Правила 41(5), вказавши, що договори на закупівлю м'ясних продуктів – суто комерційні транзакції і право на грошову вимогу не є інвестицією [8]. Ця справа стала першою в історії МЦУІС справою, в якій у розгляді було відмовлено на підставі Правила 41(5), хоча і раніше подібні заперечення розглядалися (*Trans-Global Petroleum v. Jordan, Brandes Investment Partners v. Bolivarian Republic of Venezuela*). Відповідно до цього правила будь-яка із сторін може звернутися до трибуналу на дуже ранній стадії арбітражного розгляду, аби він встановив, що «вимога явно не має юридичної вартості».

У 2008 р. групою німецьких компаній «Inmaris» було ініційовано позов у зв'язку з забороною на вихід навчального вітрильного судна «Херсонес» за межі територіальних вод України, накладеною міністром аграрної політики України в 2006 р. (*Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*). 01 березня 2012 р. арбітражним трибуналом було винесено рішення, яким із заявлених позовних вимог (понад 13 млн євро) було присуджено 3 034 388,34 євро, і відхилено вимоги позивачів щодо компенсації моральної шкоди та витрат на арбітражний розгляд справи. У цій справі Україна стверджувала, що бербоут-чартерний контракт і суміжні з ним договори не є інвестиційними договорами в розумінні законодавства України та не були зареєстровані як такі, і арбітражний суд не має юрисдикції розглядати спір. Трибунал зазначив, що чинним законодавством України прямо не передбачено, що відсутність реєстрації інвестиційного договору зумовлює його незаконність, тому відсутність реєстрації не позбавляє заявників права на захист відповідно до Договору між Україною та Федеративною Республікою Німеччина про захист інвестицій [9]. Арбітражний суд дійшов висновку, що вимоги про виконання бербоут-чартерного контракту є правовим спором, що виник безпосередньо з інвестування відповідно до ст. 25 Конвенції і, що відповідно до ст. 25 Конвенції спір – не тільки пов'язаний з інвестуванням, а й розумно близький до нього [10].

У справі *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine* трибунал встановив, що арбітражне рішення про відшкодування боргу (згідно з договором, що розглядається як інвестиція) саме по собі не є інвестицією. Крім того, було поста-

новлено, що нежиття заходів щодо виконання рішення може становити експропріацію тільки тоді, коли дії національних судів «кричущі» або «умисні» і мають на меті «зірвати ... здатність до відшкодування» [11]. Позивачу було присуджено відшкодувати всі арбітражні витрати держави Україна (понад \$ 1,5 млн).

У справі *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise* трибунал відхилив аргументи Bosh International про те, що держава повинна відповідати за дії університету, адже університет – це окрема юридична особа і не підпадає під поняття «державного органу» [12].

У справі австрійської компанії «Альфа Проектхолдинг» проти України, розпочатій у 2007 р., вимоги компанії стосувалися порушення Україною умов Договору про захист інвестицій, а також певних положень Закону України «Про іноземні інвестиції», у зв'язку з порушенням умов договорів про спільну діяльність щодо інвестування у реконструкцію готелю. Арбітраж МЦУІС визнав порушення Україною взятих на себе зобов'язань і постановив рішення про виплату компанії близько 5,5 млн доларів США збитків та арбітражних витрат. Рішення було виконане. Наприкінці 2011 р. прокурором м. Києва в інтересах держави було подано позов до господарського суду м. Києва про визнання Договору про спільну діяльність від 1999 р. та додаткових угод до нього недійсними, який було задоволено. Все ж незрозумілими є наслідки такого судового рішення на користь держави, оскільки це не матиме наслідком перегляд рішення МЦУІС [13, с. 27–28].

Безперечно, факти заяв інвесторів у рамках МЦУІС і поза рамками Центру, зокрема, свідчать про недоліки здійснення інвестицій в Україні і про недостатньо сприятливий інвестиційний клімат. Власне, досягнення Україною певних позитивних результатів у цих справах було можливим завдяки якісному правовому підходу [14]. Огляд справ засвідчує, що досвід України в інвестиційному арбітражі є надзвичайно важливим і загалом використання системи інвестиційного арбітражу забезпечує не лише захист прав інвесторів, а й захист приймаючих держав від необґрунтованих і перебільшених вимог інвесторів.

Список використаних джерел

1. *ICSID Caseload – Statistics*. – Issue 2014-2.
2. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*. – ICSID Case No. ARB(AF)/98/1, Award on agreed terms. – 2000. – 18 September.
3. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*. – ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability. – 2010. – 14 January.
4. *Шемелін Д.* Лемір проти України – друга справа і перший програш / Д. Шемелін // *Юридичний Журнал*. – 2010. – № 7.
5. *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*. – ICSID Case No. ARB/00/9, Award. – 2003. – 16 September.
6. *Dolzer R.* Principles of International Investment Law / R. Dolzer, C. Schreuer. – [2nd ed.]. – Oxford University Press, 2012.
7. *Tokios Tokelés v. Ukraine*. – ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction. – 2004. – 29 April.

8. *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*. – ICSID Case No. ARB/09/11, Award. – 2010. – 01 December.

9. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*. – ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction. – 2010. – 08 March. – (§§ 85, 86, 144–145).

10. Рабмізо Д. Що таке інвестиційний спір? / Д. Рабмізо // Юридична газета. – 2012. – № 39 (329). – 25 вересня.

11. *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*. – ICSID Case No. ARB/08/16, Award. – 2011. – 31 March. – (§ 162).

12. *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise*. – ICSID Case No. ARB/08/11, Award. – 2012. – 25 October.

13. Петров Я. ICSID: післямова. Справу Alpha Projektholding проти України переглядають в українських судах з інших підстав / Я. Петров, В. Афанасьєва // Юридична газета. – 2012. – № 41–42. – 16 жовтня. – С. 27–28.

14. Мальський М. Іноземні інвестори в Україні в рамках ICSID: гра в чії ворота? [Електронний ресурс] / М. Мальський. – 2009. – 27 липня. – Режим доступу : <http://pravotoday.in.ua/ua/press-centre/publications/pub-12/>.

Бондар К. П. Розгляд спорів за участю України арбітражними трибуналами Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів

У статті досліджуються рішення арбітражів Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів у справах, у яких Україна виступала відповідачем, основні положення і значення цих рішень. Розглядається статистика і практика розгляду справ за участю України. Особлива увага звертається на рішення, які справили вплив на розвиток міжнародного інвестиційного права і арбітражу.

Ключові слова: інвестиційний арбітраж, інвестиційний спір, арбітражне рішення, юрисдикція, інвестиції.

Бондарь Е. П. Рассмотрение споров с участием Украины арбитражными судами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров

В статье исследуются решения арбитражей Международного центра по урегулированию инвестиционных споров по делам, в которых Украина выступала ответчиком, основные положения и значение этих решений. Рассматриваются статистика и практика рассмотрения дел с участием Украины. Особое внимание обращается на решения, которые повлияли значение на развитие международного инвестиционного права и арбитража.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, инвестиционный спор, арбитражное решение, юрисдикция, инвестиции.

Bondar Kateryna. Consideration of cases involving Ukraine by arbitration tribunals of the International Centre for Settlement of Investment Disputes

International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter – ICSID) was established by the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and the Nationals of Other States (hereinafter – the ICSID Convention). 159 states signed and 150 states including Ukraine ratified the ICSID Convention. Today ICSID mechanism is often used for resolution of disputes between foreign investors and host states. The vast majority of approx. 500 ICSID cases were considered in the last 15–20 years. 24 % of all reported cases concern Eastern Europe and Central Asia.

Statistics and practice of consideration of cases involving Ukraine are analyzed in the article. Ukraine was respondent in ten ICSID cases. Five of these cases were resolved in favor of Ukraine (Generation Ukraine, Tokios Tokelés, Bosh International and GEA Group), three –

in favor of the applicant, two – settled otherwise. In particular, the first case Lemire was settled without compensation, and in 2006 the proceedings in Western NIS Enterprise Fund were terminated by the parties' agreement. Two cases against Ukraine (Krederi Ltd; City-State NV, Praktyka Asset Management Company LLC, Crystal-Invest LLC and Prodiz LLC) are pending.

Particular attention is drawn to ICSID cases against Ukraine that had influenced the development of international investment law and arbitration. Several decisions formulated important provisions and were mentioned in later decisions of ICSID tribunals, scientific literature and teaching courses. The article examines the awards rendered by the ICSID tribunals in cases where Ukraine was the respondent, main conclusions and importance of these decisions.

Joseph Charles II Lemir against Ukraine was the first case where Ukraine's responsibility for violation of foreign investor's rights in accordance with the international agreement on the promotion and protection of investments was established. In this case especially interesting was the existence of jurisdiction of the arbitral tribunal, namely *ratione voluntatis* – parties' agreement to submit the dispute to ICSID. Tribunal rejected both respondent's objections to jurisdiction.

In Generation Ukraine the Tribunal dismissed all investor's claims and found no violation of Ukraine-US BIT. Although the Tribunal found that investor's stake in the company Generation was an investment within the meaning of Article I of the BIT, the tribunal concluded that the ownership of the company was not affected by Ukraine's behavior. It found that the refusal of local authorities to provide revised land leases had no intent to deprive investor of his right to start construction, therefore no indirect expropriation took place. The award is also interesting in terms of the distribution of arbitration costs.

In Tokios Tokeles the question of the jurisdiction of the tribunal was the most interesting. Decision has demonstrated that the arbitral tribunals strictly apply the nationality criteria set out in international investment agreements. The tribunal held that the plaintiff was an investor within the meaning of Lithuania-Ukraine BIT as BIT uses the criterion of incorporation. It held that the control test was not applicable because there was no corresponding provision in BIT and provision on foreign control in art. 25 ICSID may be applied only to expand the possible scope and application of the Convention and not to restrict it.

In Global Trading Resource and Globex International v. Ukraine the tribunal followed an objective approach to the definition of investment (the ICSID Convention contains specific investment concept that is comprised of certain characteristics) and dismissed the case under Rule 41(5) based on the preliminary objection of lack of jurisdiction by indicating that sale-purchase contracts were purely commercial transactions and the right to request the money is not an investment. This case was the first in the history of the ICSID that was dismissed under Rule 41(5).

Review of cases shows that Ukraine's experience in investment arbitration is significant and the use of investment arbitration provides not only protection of investors' rights but also the protection of host states from unfounded and *exaggerated investors' claims*.

Key words: investment arbitration, investment dispute, arbitral award, jurisdiction, investment.