

УДК 341.6

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.03.104>

## МІЖНАРОДНИЙ ІНВЕСТИЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ ЯК СКЛADOVA МЕХАНІЗМУ ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ, ЗАВДАНИХ ВІЙСЬКОВИМИ КОНФЛІКТАМИ

Хмеленко Я.О.,

аспірант

Київського університету права НАН України

ORCID: 0009-0008-9778-6797

**Хмеленко Я.О. Міжнародний інвестиційний арбітраж як складова механізму відшкодування збитків, завданих військовими конфліктами.**

У статті досліджується можливість звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу як однієї із складових механізму відшкодування збитків, завданих військовими конфліктами (в контексті російсько-української війни). Автор аналізується норми джерел національного та міжнародного права, що дозволяють інвесторам, які зазнали різного роду збитків, внаслідок військових конфліктів, звертатися до арбітражних установ для вирішення суперечок, уникаючи національні правові системи та керуючись процедурними правилами, визначеними у відповідних положеннях міжнародного публічного права.

Проаналізовано положення Угоди між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій, ратифікованої Законом України «Про ратифікацію Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій» від 15 грудня 1999 року, що набрала чинності 27.01.2000 року, в контексті перспектив звернення українського бізнесу до міжнародного інвестиційного арбітражу для відшкодування збитків, завданих військовими діями РФ.

Автором досліджуються правові основи звернення інвесторів до міжнародного інвестиційного арбітражу та акцентується увага на перевагах та недоліках цієї складової механізму відшкодування збитків.

Зокрема, описано проблематику виконання арбітражних рішень з урахуванням положень Конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 10 червня 1958 року), що набрала чинності для України 10 січня 1961 року, та наводяться шляхи подолання таких проблем.

Враховуючи актуальність теми та серйозні наслідки завданих військовими конфліктами збитків для інвесторів, в статті пропонуються

виважені підходи до вирішення спорів із застосуванням міжнародного інвестиційного арбітражу, сприяючи розвитку міжнародного права та забезпеченню справедливості у відшкодуванні збитків інвесторам.

Результати дослідження є корисними для розуміння природи міжнародного інвестиційного арбітражу як складової механізму захисту інвесторів у питанні відшкодування завданих військовими конфліктами збитків, та виявлення шляхів забезпечення ефективного виконання арбітражних рішень у подібних ситуаціях.

**Ключові слова:** відшкодування збитків, міжнародний інвестиційний арбітраж, приймаюча держава, інвестор, фінансування третіми сторонами.

**Khmelenko Ya. International investment arbitration as a component of the mechanism for compensation for damages caused by military conflicts.**

The article explores the possibility of resorting to international investment arbitration as one of the components of the compensation mechanism for damages caused by military conflicts (in the context of the Russian-Ukrainian war). The author analyzes the norms of the sources of national and international law, which allow investors who have suffered various types of losses as a result of military conflicts to turn to arbitration institutions to resolve disputes, avoiding the national legal system and being guided by the procedural rules defined in the relevant provisions of international public law.

The provisions of the Agreement between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Government of the Russian Federation on the promotion and mutual protection of investments, ratified by the Law of Ukraine «On Ratification of the Agreement between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Mutual Protection of Investments» dated December 15, 1999, which entered into force on 27.01.2000, were analyzed, in the context of prospects for Ukrainian business

to apply to international investment arbitration for compensation for damages caused by the military actions of the Russian Federation.

The author explores the legal basis of investors' appeal to international investment arbitration and focuses attention on the advantages and disadvantages of this component of the compensation mechanism.

In particular, the problems of enforcement of arbitral awards are described, taking into account the provisions of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, June 10, 1958), which entered into force for Ukraine on January 10, 1961, and ways to overcome such problems are indicated. Considering the topicality of the topic and the serious consequences of losses caused by military conflicts for investors, the article proposes balanced approaches to resolving disputes using international investment arbitration, contributing to the development of international law and ensuring fairness in compensation for losses to investors. The results of the study are useful for understanding the nature of international investment arbitration as a component of the investor protection mechanism in the issue of compensation for damages caused by military conflicts, and for identifying ways to ensure the effective implementation of arbitration decisions in similar situations.

**Key words:** compensation for damages, international investment arbitration, host state, investor, third-party funding.

**Постановка наукової проблеми.** Питання звернення до інвестиційних арбітражів гостро постало після 2014 року, після анексії Криму російською федерацією (рф), та стало ще більш актуальним після широкомасштабного вторгнення рф в Україну. І поки міжнародна спільнота займається вирішенням питання щодо створення дієвого компенсаційного механізму, згідно з яким рф має відшкодувати всі завдані повномасштабним вторгненням збитки, українському бізнесу вже зараз варто робити перші кроки, що дозволять отримати відповідну компенсацію за завдані військовими діями збитки.

На даний момент невирішеним та дискусійним залишається питання виконання рішень міжнародного інвестиційного арбітражу, за умови, що сторона, проти якої вони спрямовані, не виконає їх добровільно.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Значну увагу в дослідженні особливостей міжнародного інвестиційного арбітражу, як альтернативного методу вирішення спорів, приділено в публікаціях наступних науковців О. Хрмілі, Л. Рід, Г. Кауфман-Колер, Ян Полсон та ін., втім не зважаючи на підвищений інтерес наукової

спільноти до даної теми, малодослідженим залишається питання звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу в контексті відшкодування збитків, завданих військовими конфліктами.

**Формулювання мети дослідження.** Метою дослідження є комплексний аналіз особливостей міжнародного інвестиційного арбітражу, як складової механізму відшкодування збитків, завданих військовими конфліктами.

**Викладення основного матеріалу статті.** Саме по собі звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу є правовим механізмом, заснованим на положеннях міжнародного публічного права, згідно з яким потерпілий інвестор може позиватись до приймаючої держави задля вирішення суперечок, поза внутрішньою правовою системою приймаючої держави та згідно з процедурними правилами, викладеними у відповідних положеннях міжнародного публічного права.

Слід звернути увагу, що під терміном «приймаюча держава» в даному випадку слід вважати державу на території якої здійснюються чи здійснювались інвестиції, відповідно до законодавства такої держави.

Важливим джерелом права, для захисту українських інвесторів від збитків, заподіяних діями російської федерації, є укладена 27 листопада 1998 року Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій (Угода), ратифікована Законом України «Про ратифікацію Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій» від 15 грудня 1999 року, що набрала чинності 27.01.2000 року[1].

Варто зазначити, що Законом України «Про припинення дії Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій» від 10.08.2023, що набрав чинності 07.09.2023, дію Угоди з української сторони було припинено [2, ст. 1].

Оскільки відповідно до Угоди «Відносно інвестицій, здійснених до дати припинення дії цієї Угоди і підпадаючих під її дію, положення усіх інших статей цієї Угоди будуть залишатися чинними протягом наступних десяти років після цієї дати» [1, ст. 14], припинення дії вищезгаданої Угоди не завадить українським інвесторам захищати свої права в міжнародному інвестиційному арбітражі, як і раніше, з посиланням на її положення.

Однією з переваг міжнародного інвестиційного арбітражу є те, що окрім відшкодування прямих збитків, завданих українському бізнесу, інвестори також можуть вимагати відшкодування завданих непрямих збитків (наприклад, упу-

щеної вигоди), однак стягнення непрямих збитків є складнішим питанням з огляду на тяжкість доказування спричинення інвесторам таких збитків, а також на проблематику встановлення причинно-наслідкового зв'язку між повномасштабним вторгненням РФ та отриманими інвесторами непрямыми збитками.

Серед інших особливостей розгляду справ в порядку звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу слід виділити досить довгу тривалість провадження, адже розгляд справи може тривати роками. При цьому слід зазначити, що тривалість розгляду справи може залежати від низки факторів: позиції відповідача по справі, кількості процесуальних дій відповідача, наявності чи відсутності у відповідача бажання затягнути процес арбітражного розгляду, якості зібраних сторонами доказів та інших матеріалів, необхідних для розгляду справи, матеріального становища позивача (справи в міжнародних інвестиційних арбітражах є достатньо фінансово затратними та потребують неабияких капіталовкладень зі сторони інвестора) тощо.

Щодо фінансового аспекту звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу, то за різними аналітичними даними вартість затрат на арбітражний розгляд для інвестора може сягати мільйонів євро або доларів США. Зокрема, дослідження професора Вашингтонського коледжу права Американського університету Сюзен Френк показали, що кожна сторона інвестиційного арбітражу витрачає орієнтовно 1,5 мільйона доларів США на рік під час арбітражного розгляду. У сукупності її дослідження показали, що в середньому кожна сторона арбітражного процесу заплатила приблизно від 4 до 5 мільйонів доларів США лише за юридичний супровід арбітражного процесу [3].

Слід зауважити, що вищезазначені суми все одно є орієнтовними, оскільки комерційна складова арбітражного розгляду є досить конфіденційною і зазвичай не розголошується сторонами. При цьому розмір витрат здебільшого буде залежати від обраної сторонами арбітражної установи, кількості обраних сторонами арбітрів для розгляду справи, а також залучених інвестором експертів зі збору доказів, юридичних консультантів та інших радників, які супроводжуватимуть справу та представлятимуть інтереси інвестора у відповідному арбітражі при розгляді справи.

У питанні фінансування витрат арбітражного процесу значною перевагою звернення саме до міжнародного інвестиційного арбітражу, є те, що, у разі неспроможності інвестора самостійно профінансувати витрати, пов'язані з арбітражним провадженням, такі витрати повністю або частково можуть покриватися за рахунок фінансування так званими третіми сторонами.

Такими третіми сторонами у питанні фінансування арбітражного процесу, зазвичай виступають різного роду фінансові установи, наприклад інвестиційні банки та фонди, а також великі юридичні компанії, що в обмін на обумовлену інвестором та такою третьою стороною винагороду або частку коштів, присуджених майбутнім арбітражним рішенням, покривають всі витрати інвестора, необхідні для арбітражного розгляду.

Відповідно, у випадку звернення інвестора до таких третіх сторін щодо фінансування арбітражного процесу, останні повністю на власний ризик беруть на себе всі витрати, пов'язані з фінансуванням такого арбітражного процесу, що дозволяє інвестору звернутись до міжнародного інвестиційного арбітражу фактично без власних капіталовкладень, мінімізуючи власні ризики щодо понесення значних витрат у випадку отримання незадовільного для інвестора результату за наслідками розгляду справи міжнародним інвестиційним арбітражем.

Кінцевим результатом розгляду арбітражного провадження є арбітражне рішення міжнародної арбітражної установи. Окрему увагу слід приділити саме питанню виконання арбітражного рішення. Адже наразі жодне з наявних рішень міжнародних арбітражних установ, отриманих українськими інвесторами внаслідок анексії РФ Криму, наразі не виконане російською федерацією.

Згідно з Конвенцією про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень, яка набрала чинності для України 10 січня 1961 року, від договірних держав вимагається визнавати та виконувати арбітражні рішення, винесені в інших державах-членах, за обмеженими винятками. Отже, арбітражне рішення, винесене в одній державі-члені, може бути виконане в будь-якій іншій державі-члені, подібно до судового рішення [4, ст. 1].

Це означає, що у випадку перемоги в арбітражі та відмови РФ виконати рішення добровільно, інвестор може звернутися до компетентного органу відповідної держави-члена, де є активи РФ, щодо виконання арбітражного рішення та, відповідно, клопотати про накладення арешту на активи, які є власністю країни-агресора.

Не зважаючи на переваги, надані інвесторам вищезазначеною Конвенцією, деякі положення документу надають можливість державам-учасникам саботувати виконання рішень арбітражних установ, оскільки у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно спрямоване, тільки якщо ця сторона подасть компетентній владі за місцем, де запитується визнання та приведення до виконання, докази того, що:

а) сторони в угоді, зазначеній у статті II, були за законом, що застосовується до них, якоюсь

мірою недієздатними або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки, за законом країни, де рішення було винесено, або

b) сторона, проти якої винесено рішення, не була належним чином повідомлена про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших причин не могла подати свої пояснення, або

c) вказане рішення винесено щодо спору, не передбаченого арбітражною угодою або арбітражним застереженням у договорі, або такого, що не підпадає під їх умови, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди або арбітражного застереження в договорі, з тим, однак, що якщо постанови з питань, що охоплені арбітражною угодою або застереженням, можуть бути відокремлені від тих, які не охоплюються такою угодою або застереженням, то та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що охоплені арбітражною угодою або арбітражним застереженням в договорі, може бути визнана і виконана, або

d) склад арбітражного органу або арбітражний процес не відповідали угоді сторін або, за відсутності такої, не відповідали закону тієї країни, де мав місце арбітраж, або

e) рішення ще не стало остаточним для сторін, або було скасовано, або його виконання зупинено виконанням компетентною владою країни, де воно було винесено, або країни, закон якої застосовується [4, ст. 5].

Окрім того, у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення може бути також відмовлено, якщо компетентна влада країни, в якій запитується визнання та приведення до виконання, визнає, що:

a) об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами цієї країни, або

b) визнання та приведення до виконання цього рішення суперечать публічному порядку цієї країни [4, ст. 5].

З огляду на вищевикладені норми Конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень, інвестору, окрім проходження досить тяжкої процедури арбітражного розгляду, ще треба прикласти неабияких зусиль для виконання такого арбітражного рішення.

З огляду на складність виконання арбітражного рішення, у інвестора також є можливість переуступити право вимоги за таким арбітражним рішенням третій стороні з певним дисконтом, оминувши всі процедури виконання арбітражного рішення, та отримати кошти в короткостроковій перспективі, хоча і в меншому розмірі. Проте такий варіант отримання компенсації є достатньо складним та заслуговує на окремі наукові дослідження для аналізу та оцінки ре-

альності перспектив його практичного застосування.

При цьому, одним з дієвих способів щодо примусового стягнення коштів за арбітражними рішеннями може стати створення міжнародного органу примусового виконання арбітражних рішень, що матиме спеціальний фонд, на який надходитимуть конфісковані в рамках примусового виконання арбітражних рішень грошові кошти держави боржника, або кошти отримані внаслідок примусової реалізації інших активів держави боржника. І наразі такий механізм примусового виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів виглядає досить перспективним, враховуючи масштаби заарештованих активів російської федерації, проте наріжним каменем для використання таких грошових активів залишається питання суверенності таких коштів та неможливість їх стягнення без здійснення додаткових процедур.

**Висновки.** Використання міжнародного інвестиційного арбітражу як складової правового механізму для компенсації збитків, завданих військовими конфліктами, зокрема, в контексті російсько-української війни, надає як можливість, так і виклики для постраждалих інвесторів.

Міжнародний інвестиційний арбітраж пропонує інвесторам вже зараз робити перші кроки у питанні відшкодування збитків, оминаючи потенційно скомпрометовані національні правові системи та покладаючись на міжнародні договори та угоди, що можуть забезпечити доступ до неупередженого та досить дієвого механізму вирішення спорів.

Втім, досі залишаються складними у вирішенні такі питання, як виконання арбітражних рішень, заперечення щодо юрисдикції та політичні аспекти, що можуть завадити ефективності міжнародного інвестиційного арбітражу, як складової механізму відшкодування збитків, завданих військовими конфліктами. Зазначене в свою чергу вимагає ще більшої уваги світової наукової спільноти до окресленої в даній статті проблематики задля вибудови дієвого механізму, що дозволить інвесторам досить швидко та ефективно компенсувати завдані військовими конфліктами збитки.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій : Угода Каб. Міністрів України від 27.11.1998 р. : станом на 7 верес. 2023 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643\\_101#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_101#Text) (дата звернення: 14.03.2024).
2. Про припинення дії Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської

- Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій : Закон України від 10.08.2023 р. № 3329-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3329-20#Text> (дата звернення: 18.03.2024).
3. Why is Investment Arbitration So Expensive? – A Groundbreaking Study Reveals Why and Suggests Possible Solutions. URL: <https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/international/news/why-is-investment-arbitration-so-expensive-a-groundbreaking-study-reveals-why-and-suggests-possible-solutions/> (дата звернення: 26.03.2024).
  4. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 10.06.1958 р. : станом на 7 лип. 2006 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_070#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070#Text) (дата звернення: 25.03.2024).