

Адреса матеріалу: [//yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-ukrayina--rf-perspektivi-i-problemni-aspekti.html](https://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/mizhnarodniy-investiciyniy-arbitrazh-ukrayina--rf-perspektivi-i-problemni-aspekti.html)

МІЖНАРОДНИЙ АРБІТРАЖ ТА ADR, ПОНЕДІЛОК, 10 ЧЕРВНЯ 2024 Р., 18:18

Міжнародний інвестиційний арбітраж Україна — рф: перспективи і проблемні аспекти

ВІКТОР ПАСІЧНИК, AGA PARTNERS, ЮФ, ЮРИСТ

ДМИТРО КВАШУК, AGA PARTNERS, ЮФ, СТАЖЕР

Переваги інвестиційного арбітражу як механізму компенсації збитків, завданих війною з рф

Повномасштабна війна рф проти України спричинила для України колосальні економічні втрати, які вимірюються сотнями мільярдів доларів США. І хоча більша частина міжнародної спільноти виступає за те, щоб спричинені збройною агресією рф збитки були повністю відшкодовані, практичне досягнення задекларованої цілі залишається непростим викликом.

Хоча з моменту початку повномасштабної війни на міжнародному рівні було створено нові механізми компенсації збитків завданих війною, як-от Міжнародний реєстр збитків, завданих агресією рф проти України, а в Україні сформувалася позитивна практика відшкодування таких збитків у судовому порядку, інвестиційний арбітраж залишається найефективнішим інструментом в арсеналі бізнесу.

Ключовими перевагами інвестиційного арбітражу як механізму відшкодування завданих війною збитків є його універсальність, дещо вища можливість виграшу справи (порівняно з деякими іншими механізмами відшкодування завданих війною збитків) традиційно високі суми присуджуваних збитків і відносна легкість виконання арбітражного рішення в різних країнах.

Щодо першої переваги — універсальності — варто відзначити, що інвестиційний арбітраж дозволяє відшкодувати доволі різні види збитків.

Наприклад, на відміну від Міжнародного реєстру збитків, в інвестиційному арбітражі можна вимагати відшкодування збитків, завданих збройною агресією рф до 24 лютого 2022 року. Успішний досвід «кримських арбітражів» підтверджує це. Так, Нафтогаз України зміг отримати рішення про відшкодування збитків, завданих втратою активів в Криму, в розмірі близько 5 млрд доларів США, Ощадбанк — більше 1,1 млрд доларів США, а ДТЕК — у розмірі близько 208 млн доларів США. Це далеко не вичерпний перелік!

Ба більше, інвестиційний арбітраж дозволяє відшкодувати збитки, які були завдані активам українських чи іноземних інвесторів на території рф, навіть якщо такі збитки прямо непов'язані з окупацією українських територій і веденням бойових дій. Зокрема, можуть бути відшкодовані збитки, завдані конфіскацією активів українських чи іноземних компаній і підприємців на територіях, міжнародно визнаних територіями рф, або створенням умов, за

яких ведення бізнесу в рф стало для них фактично неможливим (наприклад, накладення рф санкцій на компанії, які підтримують Україну).

Щодо другої переваги — вищої щодо деяких інших подібних механізмів ймовірності виграшу справи — потрібно зауважити, що в інвестиційному арбітражі, порівняно з українськими та іноземними судами, ризик відхилення позову через встановлення відсутності юрисдикції нижчий. Так, великою проблемою під час звернення до будь-яких судів є суверенний імунітет рф, який не дозволяє судам більшості країн розглядати такі справи без згоди рф, а також арештовувати активи рф і звертати на них стягнення. При зверненні до іноземних судів додатковою проблемою є доведення їх юрисдикції — з високою ймовірністю іноземні суди відхилитимуть позови проти рф, посилаючись на те, що такі позови не мають достатньої прив'язки до країни суду.

В інвестиційному арбітражі такий ризик значно нижчий — досвід «кримських арбітражів» демонструє, що арбітражні трибунали схильні підтверджувати свою юрисдикцію у справах, які стосуються втрати активів в анексованих рф територіях. Хоча наразі немає жодного рішення, яке стосується активів на територіях, які були анексовані рф уже після початку повномасштабної війни, арбітри у таких справах, ймовірно, будуть відхиляти юрисдикційні заперечення рф, посилаючись на те, що рф здійснювала ефективний контроль над цими територіями, фактично контролюючи їх за допомогою збройних сил, включивши їх до своєї території на підставі актів внутрішнього законодавства та здійснюючи реальне управління ними.

Також інвестиційний арбітраж не має притаманного для українських судів, ЄСПЛ та Міжнародного реєстру збитків недоліку — перевантаженості великою кількістю справ, — тому відмова в задоволенні позову з якихось формальних підстав мало ймовірна.

Щодо третьої переваги — високих сум присуджуваних збитків — необхідно зазначити, що в інвестиційних арбітражах підлягає відшкодуванню широкий спектр збитків, включаючи утрачену вигоду від, наприклад, втрати можливості виконання певного вигідного контракту або втрати можливості вести бізнес у рф загалом, використання прав інтелектуальної власності тощо. Можливим, хоча й доволі спірним, є відшкодування моральної шкоди. Крім цього, в інвестиційному арбітражі традиційно присуджується «post-award interest» — пеня за невиконання державою-відповідачем рішення, яка може складати 4-8 складних відсотків у рік.

Щодо четвертої переваги — відносної легкості виконання рішень — варто вказати на те, що арбітражні рішення (на відміну від судових) можна виконати в майже будь-якій країні світу на підставі Нью-Йоркської конвенції, сторонами якої є аж 172 держави. Це вигідно відрізняє цей механізм від ЄСПЛ та інших міжнародних механізмів, які або фактично унеможливають стягнення коштів із держави-відповідача без її згоди, або виплачують компенсації у вкрай обмеженому розмірі через недостатність коштів.

Також це вигідно відрізняє арбітражні рішення, винесені в інвестиційних спорах, від рішень українських судів, з виконанням яких можуть виникати проблеми через неможливість належного повідомлення рф про подачу проти неї позову та неможливість участі рф у справі.

Як буде пояснено нижче, ця легкість виконання рішень є лише відносною. І для реального отримання відшкодування доведеться докласти значних зусиль.

Недоліки інвестиційного арбітражу як механізму компенсації збитків, завданих війною з рф

(а) Проблемні аспекти інвестиційного арбітражу

Передусім варто відзначити те, що інвестиційний арбітраж дозволяє відшкодувати лише втрату активів або можливості вести бізнес лише на території рф, включаючи як її

міжнародно визнану територію, так і українські території, які були нею анексовані і фактично контролюються. Відшкодування збитків, завданих збройною агресією рф на території України, яка контролюється українським урядом, в інвестиційному арбітражі практично неможливе. Отже, цей механізм не підходить для відшкодування збитків, заданих, наприклад, влучанням російських ракет в електростанцію або завод на території України, або торпедуванням судна в українських територіальних водах.

Іншими вагомими недоліками є надзвичайно висока вартість і тривалість спорів та значні складнощі на етапі виконання арбітражних рішень. Якщо ж переваги інвестиційного арбітражу як механізму компенсації збитків, завданих війною з рф, витікають скоріше із загальних особливостей інвестиційного арбітражу, то ці його недоліки є більш специфічними та зазвичай меншою мірою притаманні іншим інвестиційним спорам.

Усі ці недоліки спричинені тим, що рф, розуміючи програшність своєї позиції у більшості спорів і зважаючи на принциповість протистояння з Україною, не гребує відверто неетичними засобами, намагаючись всіляко ускладнювати життя позивачам. Якщо раніше рф просто не брала участі в деяких «кримських арбітражах», намагаючись зекономити кошти та закласти підґрунтя для подальшого скасування відповідних арбітражних рішень, то з часом кардинально змінила стратегію і почала докладати всіх можливих зусиль для затягування процесів та максимального збільшення їх вартості для позивача, оскаржуючи буквально кожне процесуальне рішення, вимагаючи постійного продовження процесуальних строків та чіпляючись за будь-які дрібниці.

Така тактика спрямована на те, щоб змусити позивачів відмовитися від продовження спорів через їх надмірну вартість і тривалість, а також знеохотити потенційних позивачів від ініціювання інвестиційних арбітражів.

Наразі провідні міжнародні юридичні фірми оцінюють вартість інвестиційного арбітражу проти рф у 10–25 мільйонів доларів, не враховуючи вартість процесу щодо скасування відповідного арбітражного рішення, який рф, ймовірно, ініціює, та вартість виконання відповідного арбітражного рішення в різних країнах. Це суттєво більше, ніж консервативна оцінка в 3–6 мільйонів, яка озвучувалася раніше і була типовішою для інвестиційних спорів, оскільки така оцінка ґрунтується на тому, що рф не буде брати участь у процесі або принаймні не вдаватиметься до його відвертого саботажу.

Можливу тривалість інвестиційних спорів проти рф наразі важко оцінити, оскільки вона залежить як від складності самої справи, так і від стратегії рф, яка може змінюватися залежно від політичної ситуації з часом. За оптимістичним сценарієм, такі спори триватимуть від 3 до 5 років. За найгіршого сценарію вони можуть тривати до 10–12 років, але це стосується виняткових випадків.

(б) Складнощі з виконанням арбітражних рішень проти рф

Виконання арбітражних рішень проти рф також є проблематичним, хоча цей недолік не є специфічним для інвестиційного арбітражу і стосується практично всіх механізмів відшкодування шкоди, завданої війною з рф. Росія вже має історію невиконання рішень міжнародних судів і арбітражів, тому інвесторам може знадобитися терпіння й додаткові юридичні та дипломатичні інструменти для отримання бажаного.

Оскільки рф категорично не хоче відшкодувати завдані нею збитки добровільно, російські активи, які перебувають на території рф, є недоступними для стягнення. Проте стягнення для виконання арбітражних рішень може бути звернене на активи рф в інших країнах. Однак використання цих активів ускладнене через їх суверенний статус.

Інше потенційне джерело для отримання присудженого відшкодування — закордонні активи російських державних компаній. Хоча ці активи формально є окремими від держави, в деяких країнах існують правові механізми, які дозволяють розглядати їх як частину

державних активів і відповідно звертати на них стягнення за арбітражними рішеннями проти рф.

Водночас вартість активів рф, включно з активами державних компаній, у дружніх до України країнах постійно зменшується. Зважаючи на те, що рф взяла курс на тривале протистояння із західним світом, дедалі більше активів рф переміщуються до недружніх до України авторитарних країн, в яких виконувати рішення проти рф буде набагато складніше як через політичні причини, так і особливості їх правових систем, які традиційно захищають інтереси держав та обмежують можливості інвесторів протистояти їм у правовому полі.

До схожих наслідків веде накладення на рф чисельних санкцій та арешт її суверенних активів в Європі й США — часто стягнення таких активів є юридично неможливим через те, що вони перебувають під арештом чи якимись схожими обмеженнями.

Висновки

Попри всі недоліки інвестиційного арбітражу, він все ще залишається найкращим вибором для великого бізнесу й українських державних компаній, які мають фінансові та часові ресурси для ведення довгих і дорогих спорів із рф та подальшого кропіткого пошуку активів рф та звернення стягнення на них.

Водночас Україна і міжнародне співтовариство працюють над створенням ефективних правових механізмів для компенсації збитків, завданих війною, які, зокрема, можуть підвищити шанси відшкодувати завдані війною збитки через інвестиційний арбітраж. Це включає розробку нових законів, які дозволять позбавити імунітету суверенні активи рф і використовувати заарештовані російські активи для виплати компенсацій.

Інвестиційний арбітраж може бути ефективним засобом відшкодування завданих війною збитків для інвесторів, чиї активи перебувають на окупованих територіях України, включно з Кримом, Луганською, Донецькою, Херсонською і Запорізькою областями. Росія, анексувавши ці території, збільшила шанси на перемогу для інвесторів. Так само ефективним інвестиційний арбітраж може бути для тих українських чи іноземних інвесторів, які через війну між Україною і рф втратили свої активи безпосередньо в рф. Для тих, хто зазнав збитків через пошкодження чи знищення активів на території України, яка не була анексована й окупована рф, варто розглянути альтернативні механізми компенсації збитків, як-от Міжнародний реєстр збитків і звернення до українських судів.

Copyright © 2010-2021 Юридична газета

Всеукраїнське професійне юридичне видання

Ця копія для особистого некомерційного використання. Поширення і використання цього матеріалу регулюється нашим абонентським договором і законом про авторське право. Для неособистого користування або замовити кілька копій, будь ласка, зв'яжіться з видавництвом.

Реєстраційне свідоцтво КВ №11259-139ПР від 24.05.2006 р.

www.yur-gazeta.com