



# The European Arbitration Review 2019

---

Published by Global Arbitration Review in association with

Association for International Arbitration

Billiet & Co

BonelliErede

Clyde & Co LLP

De Brauw Blackstone Westbroek

Dittmar & Indrenius

FTI Consulting

GESSEL

Jenner & Block London LLP

Konrad & Partners

Manner Spangenberg

MARCHENKO PARTNERS

Menard Ltd and Ulčar & Partners Ltd

Pérez-Llorca

Peter & Partners International Ltd

PLMJ Lawyers

Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP

Swiss Arbitration Association

Vinge

VMB Law Firm

Wikborg Rein

## Захист інвестицій в міжнародних збройних конфліктах: кейс Донбасу

Олег Марченко\*\*

Незаконна анексія Криму Російською Федерацією у квітні 2014 року та збройний конфлікт на Донбасі одразу після цього, який фінансувався, підтримувався (через надання військової, економічної та політичної підтримки) та де-факто контролювався Російською Федерацією, призвів до масштабної експропріації, руйнування, знецінення та завдання шкоди інвестиціям на окупованих територіях Криму та Донбасу. Це стосується інвестицій, якими володіли як приватні, так і державні компанії. Згідно з даними Фонду державного майна України, понад 900 державних компаній, включаючи Укрзалізницю, Адміністрацію морських портів України та Укрпошту, втратили свої інвестиції у Криму та на Донбасі. Відповідно до звіту Атлантичної Ради (*Kremlin Aggression in Ukraine: The Price Tag*) матеріальні збитки України у Криму та на Донбасі можуть сягнути майже 100 мільярдів доларів США.<sup>1</sup>

Проте, лише незначна кількість приватних і державних компаній звернулися з інвестиційними позовами проти Російської Федерації стосовно експропріації інвестицій у Криму, включаючи:

- *ТОВ «Еверест Істейт» та інші проти Росії* (2 травня 2018 року було присуджено 150 мільйонів доларів США за завдану шкоду із відсотками);<sup>2</sup>

---

\* Стаття опублікована англійською мовою в The European Arbitration Review 2019.

\*\* Олег Марченко є партнером Marchenko Partners.

Автор бажає висловити подяку професору Ентоні Кассіматику за надання своїх цінних коментарів до цієї статті. Автор також бажає висловити подяку своїй колезі, Марії Столбовій, за допомогу в проведенні дослідження та її корисні коментарі до цієї статті.

<sup>1</sup> Андерс Аслунд, “Kremlin Aggression in Ukraine: The Price Tag”, Atlantic Council, 19 березня 2018,  
[http://www.atlanticcouncil.org/images/publications/Kremlin\\_Aggression\\_web\\_040218\\_revised.pdf](http://www.atlanticcouncil.org/images/publications/Kremlin_Aggression_web_040218_revised.pdf)

<sup>2</sup> Люк Ерік Пітерсон, “Russia held liable in confidential award for expropriation of hotels, apartments and other Crimean real estate; arbitrators award approximately \$150 million

- ПАТ КБ «Приватбанк» та Фінансова Компанія «Фінілон» проти Росії, та Аеропорт Бельбек та Ігор Валерійович Коломойський проти Росії (у справах Приватбанку та Бельбеку арбітражні трибунали визнали юрисдикцію у лютому 2017 року);<sup>3</sup>
- ПрАТ «Укрнафта» проти Росії, та ТОВ «Стабіль» та інші проти Росії (у справах Укрнафти та Стабіль арбітражні трибунали визнали юрисдикцію у червні 2017 року);<sup>4</sup> та
- Ощадбанк проти Росії;
- ТОВ «Лугзор» та інші проти Росії; та
- ПАТ «ДТЕК Крименерго» проти Росії.

Разом з тим, жодного інвестиційного позову не було подано проти Росії стосовно окупованого Донбасу, хоча втручання Росії та здійснення нею ефективного контролю над територією Донбасу підтверджується чисельними доказами, а, отже, Росія повинна відповідати за нормами міжнародного інвестиційного права за експропріацію, знищення та завдання інших збитків інвестиціям на Донбасі, як і у справах, що стосуються Криму.

У цій статті я розповім, зокрема, про підстави притягнення Російської Федерації до відповідальності за експропріацію, знищення та порушення режиму захисту іноземних інвестицій під час збройного конфлікту на окупованих територіях Донбасу відповідно до російських двосторонніх угод про заохочення та взаємний захист інвестицій, включаючи таку угоду між Україною та Росією. Відповідальність Росії настає на підставі здійснення ефективного контролю, що здійснюється Росією прямо та опосередковано над територією Донбасу.

---

(plus legal costs) for breach of Ukraine bilateral investment treaty,” 9 травня 2018, IAREporter, <https://www.iareporter.com/articles/russia-held-liable-in-confidential-award-for-expropriation-of-hotels-apartments-and-other-crimean-real-estate-arbitrators-award-approximately-150-million-plus-legal-costs-for-breach-of-ukraine-bi/>

<sup>3</sup> Люк Ерік Пітерсон, “In jurisdiction ruling, arbitrators rule that Russia is obliged under BIT to protect Ukrainian investors in Crimea following annexation,” 9 березня 2018 року, IAREporter, <https://www.iareporter.com/articles/in-jurisdiction-ruling-arbitrators-rule-that-russia-is-obliged-under-bit-to-protect-ukrainian-investors-in-crimea-following-annexation/>

<sup>4</sup> Джаррод Хепберн, Рідхі Кабра, “INVESTIGATION: Further Russia investment treaty decision uncovered, offering broader window into arbitrators’ approaches to Crimea controversy,” 17 листопада 2017 року, IAREporter, <https://www.iareporter.com/articles/investigation-further-russia-investment-treaty-decisions-uncovered-offering-broader-window-into-arbitrators-approaches-to-crimea-controversy/>

## ОКУПАЦІЯ РОСІЄЮ

Чисельні докази, що були зібрані українськими органами та міжнародними організаціями, підтверджують той факт, що Російська Федерація здійснює ефективний контроль над територією Донбасу з 2014 року та, відповідно, має вважатися окупаційною владою.

### Ефективний контроль

Стаття 42 Другої Гаазької Конференції 1907 року, авторитетного джерела з питань окупації, передбачає, що «територія вважається окупованою, коли вона фактично починає перебувати під владою [*ефективним контролем*] ворожої армії. Окупація поширюється лише на територію, де така влада була встановлена та може здійснюватися.»<sup>5</sup>

Зважаючи на Статтю 42 та її застосування міжнародними трибуналами та судами, такими як Міжнародний суд ООН та Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (МТКЮ), в справах по збройних конфліктах, «окупація» вимагає фактичного підпорядкування території держави чи її частини владі ворожої армії, що здійснюється окупаційною владою через ефективний контроль над окупованою територією. Наприклад, у справі *Військові Дії на Території Конго (Демократична Республіка Конго проти Уганди)* Міжнародний суд ООН розглядав питання того, чи Уганда окупувала район Ітурі в Демократичній Республіці Конго, над територією якого Народні сили оборони Уганди здійснювали ефективний контроль:

«175. Сторони не заперечують, що генерал Казіні, командувач угандійськими військами в ДРК, у червні 1999 року створив нову «провінцію Кібалі-Ітурі», і призначив її губернатором пані Адле Лоцеве. Про це свідчать різні джерела доказів, зокрема, лист генерала Казіні від 18 червня 1999 року, в якому він призначає пані Адле Лоцеве як «тимчасового губернатора» і надає пропозиції щодо питань адміністрування нової провінції. Це також підтверджується матеріалами Комісії Портера. Суд надалі зазначає, що у Шостому звіті Генерального секретаря щодо МООНДРК (S/2001/128 від 12 лютого 2001 року) зазначається, що за даними військових спостерігачів МООНДРК,

---

<sup>5</sup> Конвенція (IV) про закони і звичаї сухопутної війни з додатками: Регулювання що стосується законів і звичаїв сухопутної війни, вчинене 18 жовтня 1907 року, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/WebART/195-200052?OpenDocument>, Стаття 42.

Народні сили оборони Уганди здійснювали ефективний контроль в Буніі (столиці району Ітурі).»<sup>6</sup>

## Загальний контроль

Класичний випадок окупації передбачає фізичну присутність ворожої армії іноземної держави, що здійснює владу (ефективний контроль) на території іншої держави. Проте, у сучасних збройних конфліктах, таких як конфлікт на Донбасі, іноземна держава зачасту здійснює свій контроль над певною територією через місцеві військові чи воєнізовані групи, які навчаються, отримують спорядження, фінансуються, в цілому підтримуються та координуються такою державою. Міжнародні трибунали та суди розробили концепцію «загального контролю» для того, щоби віднести дії місцевих мілітаризованих груп до зовнішньої (іноземної) держави у випадках, коли іноземна держава фінансує, підтримує та координує місцеві військові групи.

Наприклад, у справі *Тадіча*, МТКЮ застосував концепцію «загального контролю» для того, щоби встановити, що Сербія здійснювала достатній контроль над військовими силами, що діяли в Боснії, а отже, Сербія діючи через посередників (агентів) брала участь у міжнародному збройному конфлікті у Боснії.<sup>7</sup> У справі *Блашкіча*, МТКЮ також покладався на концепцію загального контролю, щоби встановити наявність факту непрямой окупації:

«Стосовно районів Боснії, Хорватія відігравала роль окупаційної влади через загальний контроль, який вона здійснювала через ХВО [*Хорватську раду оборони - місцеву воєнізовану структуру, відповідальну за знищення майна боснійських мусульман*], підтримку, яку вона їй надавала, та тісні зв'язки, які вона підтримувала з нею . . . . Загальний контроль, який здійснювала Хорватія через ХВО означає, що майно боснійських мусульман було під контролем Хорватії і перебувало на окупованій території в момент його знищення.»<sup>8</sup>

Відповідно до судової практики МТКЮ, для встановлення загального контролю над військовими або воєнізованими групами, та міжнародної

---

<sup>6</sup> *Військові Дії на Території Конго (Демократична Республіка Конго проти Уганди)*, Міжнародний суд ООН, Рішення від 19 грудня 2005 року, Параграф 177.

<sup>7</sup> *Прокурор проти Дуско Тадіча*, Справа № ІТ-94-1-А, МТКЮ, Рішення апеляції від 15 липня 1999 року, Параграфи 120 та 162.

<sup>8</sup> *Прокурор проти Блашкіча*, Справа № ІТ 95-14-Т, МТКЮ, Судове рішення від 3 березня 2000 року, Параграф 149.

відповідальності за їх дії, достатньо фінансової та військової підтримки та загальної координації:

«131. Для того щоби віднести дії військової чи воєнізованої групи до держави, необхідно довести, що держава здійснює загальний контроль над групою не тільки шляхом надання спорядження чи фінансування такої групи, а також шляхом координації чи надання допомоги у загальному плануванні її військової діяльності. Тільки тоді держава може бути притягнута до міжнародної відповідальності за будь-які незаконні дії групи. Однак, необов'язково щоб держава також видавала інструкції керівнику чи членам такої групи стосовно вчинення конкретних дій, що суперечать міжнародному праву.»<sup>9</sup>

У справі *Про Геноцид у Боснії*, Міжнародний суд ООН відхилив концепцію «загального контролю» застосовану у справі Тадіча, стверджуючи, що ця концепція передбачає ширшу сферу відповідальності держави за дії, що вчинені іншими суб'єктами, аніж це передбачено статтею 8 Статей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння (ARSIWA).<sup>10</sup> У справі *Про Геноцид у Боснії*, Міжнародний суд ООН був послідовним у позиції, яку він виклав у своєму попередньому рішенні по *Нікарагуа*, та застосував концепцію «ефективного контролю», яка вимагає більшого ступеня контролю з боку держави над військовими чи воєнізованими групами, що діють за межами її кордонів для того, щоб віднести їхні протиправні дії до держави, що здійснює контроль, та спричинити її відповідальність.<sup>11</sup>

Хоча Міжнародний суд ООН і використовував більш жорстку концепцію контролю, МТКЮ та інші міжнародні трибунали та суди відступали від такої практики. Вони застосували менш вимогливі тести для встановлення контролю для того, щоб держави не уникали відповідальності за міжнародні протиправні діяння, коли вони діють через інших. Як заявила Апеляційна палата МТКЮ у справі *Тадіча*, ступінь контролю, що є необхідним для віднесення дій та відповідальності держави, може бути різним за різних обставин:

---

<sup>9</sup> *Прокурор проти Дуско Тадіча*, Справа № IT-94-1-A, МТКЮ, Рішення апеляції від 15 липня 1999 року, параграф 131.

<sup>10</sup> *Справа про Застосування Конвенції про Запобігання Злочину Геноциду та Покарання за Нього (Боснія та Герцеговина проти Сербії та Чорногорії)*, Міжнародний суд ООН, Рішення від 26 лютого 2007 року, параграфи 402-404.

<sup>11</sup> *Там само*, параграфи 399-401.

«Вимога міжнародного права для віднесення до держави дій, що вчиняються приватними особами, полягає в тому, що держава здійснює контроль за особою. Проте, ступінь контролю може бути різним залежно від фактичних обставин кожного окремого випадку. Апеляційна палата не може зрозуміти, чому в кожній ситуації міжнародне право має вимагати високого порогу для тесту на контроль.»<sup>12</sup>

## Підхід ЄСПЛ

Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) у своїй практиці застосовує схожу та ширшу концепцію ефективного контролю щоб вирішити, яка держава має нести відповідальність за порушення прав людини на певній території - суверенна держава, позбавлена ефективного контролю за своєю територією, чи держава-агресор, що отримала та здійснює владу на такій території. Хоча ЄСПЛ й не застосовує територіальний зв'язок, його практика проливає світло на відповідальність держав за діяння недержавних суб'єктів за межами її території.

Наприклад, у справі *Лоїзиду проти Туреччини* ЄСПЛ встановив, що саме Туреччина є відповідальною за порушення прав людини з боку місцевих органів влади на півночі Кіпру, оскільки саме Туреччина здійснювала загальний ефективний контроль над всією територією півночі Кіпру:

«Нема необхідності встановлювати, чи ... Туреччина фактично здійснює чіткий контроль за політикою та діями влади ТРПК [Турецької Республіки Північного Кіпру]. З великої кількості [турецьких] військ, які несуть активну службу на півночі Кіпру, очевидно ... що її армія здійснює ефективний загальний контроль над цією частиною острова [північчю Кіпру]. Такий контроль ... тягне за собою відповідальність за політику та дії ТРПК.»<sup>13</sup>

Так само, у справі *Кіпр проти Туреччини*, ЄСПЛ застосував концепцію ефективного загального контролю з метою встановлення юрисдикції та відповідальності Туреччини не лише за дії її збройних сил, але й за дії місцевої адміністрації на півночі Кіпру:

---

<sup>12</sup> *Прокурор проти Дуско Тадіча*, Справа № IT-94-1-A, МТКЮ, Рішення апеляції від 15 липня 1999, параграф 117.

<sup>13</sup> *Лоїзиду проти Туреччини*, Заява № 15318/89, ЄСПЛ, Рішення від 18 грудня 1996 року, параграф 56.

«Маючи ефективний загальний контроль над північню Кіпру, відповідальність [Туреччини] не може обмежуватись діями її солдатів чи чиновників на півночі Кіпру, натомість [її відповідальність] повинна поширюватися на дії місцевої адміністрації, що існує завдяки турецьким збройним силам та іншій підтримці.»<sup>14</sup>

В *Глашку та інші проти Молдови* ЄСПЛ вирішив, що Російська Федерація відповідає за порушення прав людини, вчинені місцевими органами влади «ПМР» у Придністров'ї, суверенній території Молдови під ефективною владою місцевого сепаратистського руху, який не здатен «вижити» без «військової, економічної, фінансової та політичної підтримки» від Російської Федерації:

«З усього сказаного вище випливає, що «ПМР», створена у 1991-1992 роках за підтримки Російської Федерації, що встановила органи влади та власну адміністрацію [ПМР], залишається під ефективною владою, чи, принаймні, під вирішальним впливом Російської Федерації, та, в будь-якому випадку, яка виживає завдяки військовій, економічній, фінансовій та політичній підтримці, яку надає Російська Федерація.»<sup>15</sup>

## Докази

Беручи до уваги численні докази участі Росії у збройному конфлікті на Донбасі, можна зробити висновок, що Росія повинна розглядатися як окупаційна влада внаслідок ефективного контролю над Донбасом, який здійснюється безпосередньо (внаслідок фактичної присутності на Донбасі російських військових) чи опосередковано внаслідок загального контролю з боку Росії за місцевими антиурядовими силами. Такі докази зокрема є:

- Україна в цілому та її парламент розглядають неконтрольовані території Донбасу як «тимчасово окуповані» Російською Федерацією, як окуповані «збройними формуваннями Російської Федерації», та під «окупаційною адміністрацією Російської Федерації».<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> *Кіпр проти Туреччини*, Заява № 25781/94, ЄСПЛ, Рішення від 10 травня 2001 року, Параграф 77.

<sup>15</sup> *Глашку та інші проти Молдови та Росії*, Заява № 48787/99, ЄСПЛ, Рішення Великої палати від 8 липня 2004 року, Параграф 392.

<sup>16</sup> Закон України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» № 2268-VIII від 18 січня 2018 року, <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2268-19> – Стаття 1.



- Україна стверджує, що вона володіє численними доказами, які підтверджують, що самопроголошені органи, що узурпували владу на окупованих територіях Донбасу, контролюються Росією, що нерегулярні незаконні озброєні групи на Донбасі створені, підпорядковані, керуються та фінансуються Російською Федерацією;
- Російський рубль був запроваджений як єдина платіжна валюта на території окремих районів Донецької та Луганської областей;
- При розгляді питання фінансування тероризму у Міжнародному суді ООН, Україна посилалася на «ДНР» («Донецьку Народну Республіку») та «ЛНР» («Луганську Народну Республіку») як «агентів Російської Федерації»:

«ДНР та ЛНР виникли як два основних незаконних збройних угруповання, що діють в Україні. Ці організації та інші групи та особи, що пов'язані з ними, є агентами Російської Федерації: вони здійснюють свою діяльність завдяки критичній для них підтримці з боку Росії, всупереч українському та міжнародному праву, вчиняючи терористичні акти, акти насильства проти українського населення [в ДНР та ЛНР] з порушенням прав людини.»<sup>17</sup>

- При розгляді питання вчинення міжнародних злочинів під час збройного конфлікту на Донбасі, Прокурор Міжнародного кримінального суду зазначила у своєму недавньому звіті:

«Особливо серйозні сутички протягом конфлікту відбулися у серпні 2014 року в Іловайську (Донецька область) та з січня по лютий 2015 в Дебальцеве (Донецьк). Зростаюча інтенсивність боїв упродовж цих періодів є нібито пов'язана з відповідним вторгненням військ, наданням транспортних засобів і зброї з

---

<sup>17</sup> Заява щодо Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму та Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (Україна проти Російської Федерації), Міжнародний суд ООН, Заява про початок процедури від 16 січня 2017 року, Параграф 39.

Російської Федерації для зміцнення позицій збройних формувань.»<sup>18</sup>

- ПАРЄ визнала неконтрольовані території Донбасу «тимчасово під ефективним контролем російської влади».<sup>19</sup>
- Український парламент у своєму зверненні до міжнародної спільноти вказав на «активну підтримку терористів на державному рівні» Росією.<sup>20</sup>
- Україна подала дві заяви до ЄСПЛ — щодо ситуації на сході України та Донбасі до та після вересня 2014 року. Україна заявляє на відповідальність Російської Федерації за численні порушення Конвенції ЄСПЛ внаслідок «фактичного контролю над регіонами Донецької та Луганської областей» Російською Федерацією.<sup>21</sup>
- Моніторингова місія ОБСЄ повідомила про присутність військ, які називали себе російськими військовослужбовцями на підконтрольній «ДНР» території.<sup>22</sup>
- Атлантична Рада повідомила, що до липня 2017 року 36 300 російських агентів та 2 900 регулярних військовослужбовців з

---

<sup>18</sup> Офіс Прокурора МКС, «Звіт про вчинення попередніх дій щодо розслідування», 04 грудня 2017 року, Параграф 92.

<sup>19</sup> Резолюція 2209 (2018) “State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights”, Парламентська Асамблея Ради Європи (ПАРЄ), 24 квітня 2018 року, <https://bit.ly/2CF7YLD>, Параграф 18.3.

<sup>20</sup> Звернення до Організації Об’єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором, Постанова Верховної Ради України № 129-VIII від 27 січня 2015 року, <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-19#n9>, Абзац 4.

<sup>21</sup> Прес-реліз ЄСПЛ 173 (2018) “Grand Chamber to examine four complaints by Ukraine against Russia over Crimea and Eastern Ukraine”, Секретаріат Суду, 9 травня 2018 року, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6081540-7832894&filename=Relinquishment%20to%20Grand%20Chamber%20of%20four%20interest%20cases%20Ukraine%20v.%20Russia.pdf>, Сторінка 2.

<sup>22</sup> Посилання: Latest from OSCE Special Monitoring Mission (SMM) to Ukraine based on information received as of 19:30 (Kyiv time), The Organization for Security and Co-operation in Europe, 03 серпня 2015 року, <https://www.osce.org/ukraine-smm/175736>

Росії (з Костромської, Новоросійської та Волгоградської областей) знаходилися в окупованому Донбасі. Росія здійснювала поставки зброї та військової техніки до «ДНР» і «ЛНР», включаючи російські танки, важку артилерію та багаторазові ракетні системи (РСЗВ), бронетанкові машини (БМП) і зенітні установки (ППО).<sup>23</sup>

Зазначені прямі та непрямі докази у поєднанні свідчать про те, що зі самого початку збройного конфлікту на Донбасі в 2014 році Російська Федерація здійснювала ефективний контроль над Донбасом та має розглядатися як окупаційна влада.

Хоча інвесторам може бути складно довести «класичну» окупацію Донбасу Росією, є чисельні переконливі докази непрямой окупації Донбасу Росією внаслідок здійснення загального контролю над місцевими антиурядовими силами, включаючи фінансову підтримку, постачання зброї та військової техніки, політичну підтримку і координацію військових операцій на окупованих територіях.

## ЗАСТОСУВАННЯ ДВОСТОРОННІХ УГОД РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ПРО ЗАОХОЧЕННЯ ТА ВЗАЄМНИЙ ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ ДО ТЕРИТОРІЇ ОКУПОВАНОГО ДОНБАСУ

### Територіальне застосування міжнародних угод: Що таке територія?

Якщо припустити, що Росія здійснює ефективний контроль над територією Донбасу безпосередньо (внаслідок присутності її військовослужбовців на Донбасі) чи принаймні опосередковано внаслідок загального контролю, який Росія здійснює над антиурядовими силами невизнаних «ДНР» і «ЛНР», я розгляну чи можуть територіальне застосування міжнародних угод Росії, включно з угодою між Росією та Україною про заохочення та взаємний захист інвестицій, та зобов'язання Російської Федерації щодо захисту іноземних інвестицій на своїй території, поширюватися на окуповану територію Донбасу.

Корисно буде з цією метою розглянути справи по Криму, у яких арбітражні трибунали вже поширили територіальне застосування угоди між Росією та

---

<sup>23</sup> Посилання: Images and Activity: Russian Military Bases on Ukraine's Eastern Border. Russia's massive military presence bordering the non-government-controlled areas of eastern Ukraine, Atlantic Council's Digital Forensic Research Lab, 27 жовтня 2017 року, <https://medium.com/dfrlab/images-and-activity-russian-military-bases-on-ukraines-eastern-border-724bb2527e58>

Україною про заохочення та взаємний захист інвестицій до анексованого Криму.

Наприклад, у справах *ПрАТ «Укрнафта» проти Росії* та *ТОВ «Стабіль» та інші проти Росії*, два арбітражні трибунали, до складу яких входили ті самі арбітри, у юрисдикційних рішеннях від 26 червня 2017 року встановили, що угода між Україною та Росією про заохочення та взаємний захист інвестицій застосовується до анексованого Криму, та Російська Федерація відповідає за захист інвестицій українських інвесторів в Криму після його анексії Росією. Спираючись на власні твердження Росії про те, що анексований Крим є невід'ємною частиною російської території, а також посилаючись на письмові подання України щодо того, що Крим перебуває під окупацією та ефективним контролем Російської Федерації, арбітражні трибунали визнали, що Російська Федерація встановила ефективний контроль над територією Криму внаслідок поєднання фізичної окупації Криму у лютому 2014 року та юридичного включення Криму до складу Російської Федерації у березні 2014 року. Арбітражні суди не розглядали факт законності окупації Криму Росією.

З огляду на предмет та мету угоди між Україною та Росією про заохочення та взаємний захист інвестицій - заохочувати та захищати іноземні інвестиції - арбітражні трибунали тлумачили термін «територія» для цілей цієї угоди широко, щоби охопити «всю» територію, над якою Російська Федерація здійснює ефективний контроль (та фактичну юрисдикцію), незалежно від того, чи така територія законно чи незаконно була окупована Російською Федерацією. Російська Федерація мала змогу здійснювати свою де-факто юрисдикцію в Криму, та цього було достатньо для того, щоб Росія несла відповідальність за захист інвестицій у Криму за угодою між Україною та Російською Федерацією про заохочення та взаємний захист інвестицій.

Арбітражні трибунали заявили, що об'єкт та мета угоди між Україною та Росією про заохочення та взаємний захист інвестицій не дозволяють вузько тлумачити термін «територія», що «виключало би інвестиції, що опинилися на території договірної держави внаслідок територіального розширення такої держави», незалежно від того, чи таке розширення є законним чи незаконним. Арбітражні трибунали у своїх рішеннях аргументували, що це протирічило б об'єкту та меті угоди між Україною та Російською Федерацією про заохочення та взаємний захист інвестицій:

«залишити без захисту іноземні інвестиції на території, над якою держава здійснює ексклюзивний контроль [*ефективний контроль*] ... особливо у випадку, коли така держава є не лише головною державою - бенефіціаром

таких інвестицій, але й єдиною державою, яка в змозі захищати іноземні інвестиції.»<sup>24</sup>

Оскільки Російська Федерація здійснює ефективний контроль над Донбасом, прямо чи опосередковано внаслідок загального контролю над місцевими антиурядовими органами «ДНР» та «ЛНР», аналогічне обґрунтування та підстави можуть використовуватися іноземними інвесторами, включно з українськими інвесторами, для розширеного застосування угод Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій, включаючи угоду між Росією та Україною, до окупованого Донбасу, щоби притягнути Росію до відповідальності за експропріацію та завдання шкоди іноземним інвестиціям на Донбасі.

### Принцип розширення меж міжнародних угод

Окрім розширеного застосування територіального обсягу застосування угод Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій до окупованого Донбасу на підставі широкого тлумачення терміну «територія», інвестори можуть також розглянути аргумент, що територіальне застосування угод Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій має також поширюватися на нові захоплені території на підставі принципу розширення меж міжнародних угод.

Принцип розширення меж міжнародних угод, що є звичаєвим правилом міжнародного публічного права, закріплений у статті 29 Віденської конвенції про право міжнародних договорів (ВКПМД)<sup>25</sup> та у статті 15 Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо договорів (ВКПД).<sup>26</sup> Стаття 29 ВКПМД передбачає, що міжнародні договори тієї чи іншої держави застосовуються до її «всієї території» у будь-який момент часу, тоді як стаття 15 ВКПД поширює застосування міжнародних договорів на нові приєднанні території:

---

<sup>24</sup> Джаррод Хепберн, Рідхі Кабра, “INVESTIGATION: Further Russia investment treaty decisions uncovered, offering broader window into arbitrators’ approaches to Crimea controversy,” 17 листопада 2017 року, IAREporter, <https://www.iareporter.com/articles/full-jurisdictional-reasoning-comes-to-light-in-crimea-related-arbitration-everest-estate-v-russia/>.

<sup>25</sup> Віденська конвенція про право міжнародних договорів, прийнята 23 травня 1969, набула чинності 27 січня 1980 року, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, Стаття 29.

<sup>26</sup> Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів, прийнята 22 серпня 1978 року, набула чинності 6 листопада 1996 року, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3\\_2\\_1978.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_2_1978.pdf), Стаття 15.

«Коли частина території держави чи будь-яка територія [Донбас, що є частиною території України] стає частиною іншої держави [Росії внаслідок окупації Донбасу]:

- (a) договори держави-попередниці [договори України] втрачають силу стосовно території [стосовно окупованого Донбасу], що була об'єктом правонаступництва держав, з моменту правонаступництва; та
- (b) договори держави-спадкоємниці [міжнародні угоди Російської Федерації] набувають сили стосовно території, що є об'єктом правонаступництва держав [стосовно окупованого Донбасу], з моменту правонаступництва держав, за винятком тих випадків, коли з договору випливає або іншим чином встановлено, що застосування цього договору до цієї території було б несумісним з об'єктом і цілями цього договору чи докорінно змінило б умови його дії.»

Проте, поширення застосування міжнародних угод Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій на територію окупованого Донбасу за Статтею 15 ВКПД, як видається, виключається Статтею 6 ВКПД, яка передбачає, що ВКПД:

«застосовується тільки до наслідків правонаступництва держав, що відбувається у відповідності до міжнародного права та, зокрема, ... Статуту Організації Об'єднаних Націй [Статут ООН забороняє застосування сили, включаючи незаконну окупацію територій іноземних держав]».

Річард Гепп та Себастьян Вушка у своїй статті "*Horror Vacui: Or Why Investment Treaties Should Apply to Illegally Annexed Territories*" обговорюють те, що принцип невизнання та принцип розширення меж міжнародних угод повинні застосовуватися таким чином, щоби позбавити Росію будь-яких вигід від незаконної анексії Криму. Проте, ці принципи не мають звільняти Російську Федерацію від зобов'язань забезпечити захист іноземним інвестиціям в анексованому Криму за міжнародними угодами Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій.<sup>27</sup> Я погоджуюся з підходом та

---

<sup>27</sup> Річард Гепп, Себастьян Вушка, "Horror Vacui: Or Why Investment Treaties Should Apply to Illegally Annexed Territories," *Journal of International Arbitration* 33, No 3 (2016): 245–268, Kluwer Law International, Сторінки 258-264.

обґрунтуванням пана Річарда Геппа та пана Себастьяна Вушки. Я вважаю, що такий підхід однаково застосовний до ситуації з окупованим Донбасом.

За принципом невизнання, головною причиною відмови у визнанні права на незаконно захоплені території та, для виключення правонаступництва держави за міжнародними договорами у таких випадках є позбавлення держав, що здійснюють незаконні дії на порушення територіального суверенітету інших держав, будь-якої вигоди та прав, що випливають з їх незаконних дій. Проте, це би суперечило самій меті принципу невизнання, якби цей принцип застосовувався у зворотному напрямку щоби дозволити окупаційній державі уникнути міжнародних зобов'язань і відповідальності за її міжнародними угодами, включаючи її міжнародні зобов'язання щодо захисту іноземних інвестицій відповідно до її міжнародних угод про заохочення та взаємний захист інвестицій, щодо будь-яких незаконно окупованих територій.

Таким чином, дія міжнародних угод Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій на окупованому Донбасі не повинна бути визнана щодо будь-яких вигід та прав, на які Росія потенційно може претендувати в такому випадку. Наприклад, Росія не має права стверджувати, що відповідно до чинних угод Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій вона має право націоналізувати чи експропріювати іноземні інвестиції на території окупованого Донбасу у разі, якщо така націоналізація чи експропріація здійснюються для суспільних цілей і за умови надання негайної, адекватної та ефективної компенсації. Однак, це не повинно звільняти Росію від її зобов'язань забезпечити захист іноземних інвестицій на окупованому Донбасі за міжнародними угодами з Росією, тому що Росія є єдиною державою, що здійснює ефективний контроль на Донбасі і єдиною державою, яка здатна забезпечити захист інвестиції на цій території.

Таке застосування міжнародних угод Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій до окупованого Донбасу підтверджується міжнародною судовою практикою. Наприклад, у *Консультативному Рішенні по Намібії 1971 року* Міжнародний суд ООН зазначив, що Південна Африка несла відповідальність за будь-яке порушення її міжнародних зобов'язань на окупованій території Намібії, незважаючи на те, що Південна Африка не мала права на цю територію відповідно до принципу невизнання. Позиція Міжнародного суду ООН полягала в тому, що саме фізичний контроль, що здійснювала Південна Африка на окуповану територію, а не суверенітет чи законність прав на таку територію, лежить в основі її відповідальності:

«118. Південна Африка, будучи відповідальною за те, що вона створила та підтримувала ситуацію, яку Суд на правових підставах визнав незаконною, зобов'язана її припинити. Тому вона зобов'язана вивести свою адміністрацію з

Території Намібії. Підтримуючи нинішню незаконну ситуацію, та окупуючи цю Територію не маючи на це права, Південна Африка несе міжнародну відповідальність, що випливає з тривалого порушення міжнародних зобов'язань. Вона [Південна Африка] також залишається відповідальною за порушення її міжнародних зобов'язань [на окупованій Території Намібії], чи прав народу Намібії. Той факт, що Південна Африка більше не має права адмініструвати Територію, не звільняє її від зобов'язань та відповідальності згідно з міжнародним правом щодо інших держав стосовно здійснення її повноважень на цій Території. Фізичний контроль над територією, а не суверенітет чи законність прав щодо такої території, є основою відповідальності держави за дії, що впливають на інші держави.»<sup>28</sup>

## КОЛЕКТИВНІ ПОЗОВИ

Малі і середні приватні та державні компанії, які втратили інвестиції в Криму та Донбасі, та які самотужки не могли би претендувати на подання інвестиційних позовів проти Росії внаслідок значних фінансових витрати на такий процес, можуть розглянути можливість подання колективних позовів відповідно до прикладу подання таких позовів у кількох справах по Криму:

- «Приватбанк» об'єднав зусилля з фінансовою компанією «Фінілон»;<sup>29</sup>
- НАК «Нафтогаз» подала позов разом із ПрАТ «Чорноморнафтогаз», ПрАТ «Укртрансгаз», Дочірньою Компанією «Лікво», ПрАТ «Укргазвидобування», ПрАТ «Укртрансгаз» та Дочірньою Компанією «Газ України»;<sup>30</sup>
- ТОВ «Стабіл», ТОВ «Рубенор», ТОВ «Рустел», ТОВ «Новел-Істейт», ПП ТОВ «Кіровоград-Нафта», ТОВ «Крим-Петрол», ТОВ «Пірсан», ТОВ «Трейд-Траст», ТОВ «Елефтерія», ТОВ «ВКФ Сатек» та ТОВ «Стемв Груп» спільно звернулися до Постійної палати третейського суду 15 червня 2015 року з позовом щодо

---

<sup>28</sup> *Юридичні Наслідки для Держав щодо Тривалої Присутності Південної Африки у Намібії (Південно-Західній Африці) Незважаючи на Резолюцію Ради Безпеки 276 (1970), Міжнародний суд ООН, Рішення від 21 червня 1971, Параграф 118.*

<sup>29</sup> *ПАТ КБ «Приватбанк» та Фінансова Компанія «Фінілон» проти Росії, ППТС, Справа № 2015-21, <https://pca-cpa.org/en/cases/130/>.*

<sup>30</sup> *НАК «Нафтогаз України» (Україна) та інші проти Російської Федерації, ППТС, Справа № 2017-16, <https://pca-cpa.org/en/cases/151/>.*



експропріації автозаправок Російською Федерацією в окупованому Криму;<sup>31</sup> та

- ТОВ «Еверест Істейт» разом із 18 іншими юридичними особами подали спільний позов проти Російської Федерації.<sup>32</sup>

У справі *ТОВ «Еверест Істейт» та інші проти Росії*, беручи до уваги «очевидну відсутність зв'язків» між 19 скаржниками, арбітражний трибунал розглядав можливі заперечення по юрисдикції з боку Російської Федерації щодо колективного позову від нібито не пов'язаних заявників. Арбітражний трибунал зазначив, що Арбітражні Правила ЮНСІТРАЛ не передбачають колективних позовів. Арбітражний трибунал заявив, що угода між Україною та Росією про заохочення та взаємний захист інвестицій використовує як термін «інвестор» так і термін «інвестори». Арбітражний трибунал також посилався на справи *Абаклат (Abaclat)* та *Амбієнте Уфіціо (Ambiente Ufficio)* щоб зробити висновок, що хоча угода між Україною та Росією про заохочення та взаємний захист інвестицій прямо не передбачає колективних позовів, це не означає, що відсутня згода щодо такого розгляду з боку Росії та інвесторів. Арбітражний трибунал зазначив, що «держава [Російська Федерація] та кожен інвестор [кожен з 19 інвесторів у цьому випадку] надали свою згоду». Врешті-решт, арбітражний трибунал встановив «достатній зв'язок» між скаржниками через спільно подану скаргу, застосування тих самих норм права, наявність «подібних обставин» що стосуються експропріації їх активів на території Криму та «суттєво схожими» вимогами кожного скаржника.<sup>33</sup>

## ВИСНОВОК

Участь Російської Федерації у конфлікті та її контроль над антиурядовими збройними угрупованнями на сході України підтверджуються численними доказами, включаючи введення російських військ під час критичних моментів збройного конфлікту, постійну присутність російських військовослужбовців на Донбасі, фінансову підтримку, постачання зброї, політичну підтримку та загальну координацію військових операцій на

<sup>31</sup> Англійською: (i) *Stabil LLC*, (ii) *Rubenor LLC*, (iii) *Rustel LLC*, (iv) *Novel-Estate LLC*, (v) *PII Kirovograd-Nafta LLC*, (vi) *Crimea-Petrol LLC*, (vii) *Pirsan LLC*, (viii) *Trade-Trust LLC*, (ix) *Elefteria LLC*, (x) *VKF Satek LLC*, (xi) *Stemv Group LLC v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2015-35, <https://pca-cpa.org/en/cases/122/>

<sup>32</sup> Англійською: *Everest Estate LLC and Others v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2015-36, <https://pca-cpa.org/en/cases/133/>

<sup>33</sup> Джаррод Хепберн, “INVESTIGATION: Full jurisdictional reasoning comes to light in Crimea-related BIT arbitration vs. Russia”, 9 листопада 2017 року, IAReporter, <https://www.iareporter.com/articles/full-jurisdictional-reasoning-comes-to-light-in-crimea-related-arbitration-everest-estate-v-russia/>

Донбасі з боку Росії. Це переконливо свідчить про те, що Російська Федерація здійснює ефективний контроль над окупованим Донбасом і розглядається як окупаційна влада. Таким чином, аналогічно справам по Криму, іноземні та українські інвестори, діючи окремо чи колективно, можуть розглянути можливість використання положень міжнародних угод Росії про заохочення та взаємний захист інвестицій для пред'явлення інвестиційних позовів до Росії та притягнення Російської Федерації до відповідальності за експропріацію їх інвестицій в окупованому Донбасі.