

Міжнародне право

УДК 346.9

Беденко Юрій Юрійович

студент міжнародно-правового факультету

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Беденко Юрий Юрьевич

студент международно-правового факультета

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

Bedenko Yurii

Student of the International Law Faculty of the

Yaroslav Mudryi National Law University

Науковий керівник:

Маринів Іванна Ігорівна

кандидат юридичних наук,

асистент кафедри міжнародного права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Научный руководитель:

Марынив Іванна Ігорівна

кандидат юридических наук

ассистент кафедры международного права

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

Scientific director:

Maruniv Ivanna

Candidate of Juridical Sciences, Assistant Professor

Yaroslav Mudryi National Law University

**ПРАКТИКА ІНВЕСТИЦІЙНОГО АРБИТРАЖУ В АСПЕКТІ
АТРИБУЦІЇ ДІЯНЬ НЕДЕРЖАВНИХ СУБ'ЄКТІВ**

**ПРАКТИКА ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА В АСПЕКТЕ
АТРИБУЦИИ ДЕЙСТВИЙ НЕГОСУДАРСТВЕННЫХ СУБЪЕКТОВ
PRACTICE OF INVESTMENT ARBITRATION IN THE ASPECT OF
ATTRIBUTION OF ACTIONS OF NON-STATE SUBJECTS**

Анотація. У статті досліджено практику арбітражних трибуналів у спорах між інвесторами та державою стосовно питань атрибуції відповідно до статті 8 Проекту статей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння (далі Проект статей). Систематизація практики була здійснена за допомогою використання колишніх та сучасних рішень арбітражних трибуналів. Більше того автор порівнює деякі рішення між собою. Особливу увагу приділено в працях видатних вчених та юристів в сфері вирішення спорів та права міжнародної відповідальності.

Ключові слова: атрибуція, інвестиційні спори, відповідальність держави.

Аннотация. В статье автором исследовано практику арбитражных трибуналов в спорах между инвесторами и государствами касательно вопросов атрибуции в соответствии с статьей 8 Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Систематизация практики была совершена с помощью использования прошлых и последних решений арбитражных трибуналов. Более того, автор осуществляет их сравнительный анализ. Особенное внимание уделяется работам известных ученых и юристов в сфере разрешения споров и права международной ответственности.

Ключевые слова: атрибуция, инвестиционные споры, ответственность государств.

Summary. In the article, the author analyses the practice of arbitral tribunals in investor-state disputes with regard to the questions of attribution

under article 8 of Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. This practice is systemized by using recent and past decisions of arbitral awards. Moreover, the author makes comparison of between several decisions. Additionally, the article pays of particular significance to teachings of highly qualified publicists in the sphere of dispute resolution and state responsibility.

Key words: *attribution, investment disputes, state responsibility.*

Постановка проблеми. Питання атрибуції визначає межі відповідальності держави за вчинене міжнародне протиправне діяння. Якщо присвоєння протиправної поведінки державних органів державі не викликає ніяких питань, то ототожнення діянь приватних осіб діянням держави відіграє значну роль у сучасній практиці міжнародних арбітражів з інвестиційних спорів. Міжнародний Суд ООН встановив деякі правові концепції присвоєння діянь приватних осіб державі, які відіграють значну роль при вирішенні питання атрибуції в спорах між інвесторами і державами. Гармонізація та аналіз практики арбітражів з приводу цього питання відіграє важливу роль як на практиці так і в науковій площині.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням атрибуції діянь приватних осіб державі займалися багато видатних вчених у сфері міжнародного права. Дуже багато робіт присвячено теоретичним питанням атрибуції та відповідальності держави в інвестиційних спорах. Серед таких вчених, хто зробив вагомий внесок з приводу цього питання можна виділи: Джеймс Кроуфорд, Ян Браунлі, Крістофер Шроєр та інші.

Виклад основного матеріалу. Атрибуція діяння державі є однією з двох невід'ємних підстав настання її відповідальності у міжнародному праві. Таку ж надзвичайну важливість вона відіграє і для міжнародних арбітражів, які вирішують спори між інвесторами та державами. Справа в тому, що держави зазвичай надають згоду на вирішення інвестиційних спорів міжнародним арбітражем через укладання двосторонніх

інвестиційних договорів між собою або договорів безпосередньо з інвестором. Більше того, на практиці є розповсюдженим явище, коли недержавний орган укладає договір з інвестором, що призводить до наслідку спроби держави за рахунок цього ухилитися від арбітражного вирішення спору та відповідальності. Для настання відповідальності держави в обох випадках повинно бути міжнародне протиправне діяння здійснене нею. Крім цього, наявність атрибуції дає можливість встановити чи має арбітражний трибунал юрисдикцію в окремій ситуації, адже сторонами спору має бути держава та інвестор.

Загальновизнаним є те, що діяння будь-яких органів державної влади є діяннями держави. За загальним правилом це не стосується суб'єктів приватного права. Звернемо також увагу на те, що приватні суб'єкти (наприклад компанії) мають окрему правосуб'єктність [2, с. 35]. Проте, держава не може ухилитися від відповідальності у випадках, коли вона використовує їх як інструмент, або невід'ємний елемент державного механізму. Такою є логіка Проекту статей, документу, прийнятого Комісією міжнародного права ООН, більшість статей якого використовуються державами як міжнародний звичай. Особливу увагу для цілей цієї статті звернемо на статтю 8, за якою діяння особи чи групи осіб вважається діянням держави, коли останні діють під керівництвом, вказівками чи контролем держави.

Міжнародний Суд ООН у справі Нікарагуа проти США [11, с. 51-55] створив релевантні для цієї статті концепції визначення достатності контролю над суб'єктом. Щодо фактичних обставин, то США фінансували та надавали іншу матеріальну і нематеріальну допомогу угрупованню «контрас», що воювало проти Нікарагуа. Склалось дві точки зору, щодо встановлення атрибуції в цій справі. Так, якщо одні вчені зазначають, що Суд встановив лише один тест контролю, то інші, з якими ми погоджуємося, вважають, що Суд встановив два різних тести [6, с. 7-8 ;13, с. 497]. Перший

тест у науковій літературі отримав назву «де-факто органу», згідно з яким усі діяння суб'єкта будуть автоматично вважатись діяннями держави, якщо буде встановлено факт залежності та контролю суб'єкта від держави. Другий тест – це тест «ефективного контролю», відповідно до якого держава відповідатиме тільки за окремі діяння суб'єкта. Невід'ємною частиною цього тесту «ефективного контролю» є наявність таких доказів як: інструкції держави, надання вказівок, або чіткий контроль над діянням. Звісно, встановлюючи такі вимогливі тести, Суд зазначив, що США не відповідають за діяння «контрас» навіть якщо був наявний загальний контроль.

На противагу цьому тесту, звернемо також увагу на рішення Апеляційної палати Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії (далі - МТКЮ), де було застосована концепція загального контролю [12, с. 49]. Міжнародний Суд ООН відхилив позицію МТКЮ у справі Боснійського Геноциду [2, с. 170] та підтримав власну позицію у справі Демократичної Республіки Конго проти Уганди [3, с. 62]. Упустимо суперечки с приводу правильності цієї концепції.

Треба пам'ятати, що ситуація є дещо відмінною коли те саме питання підіймається в практиці міжнародних арбітражів з інвестиційних спорів. Це зумовлено їхньою правовою природою. Так, наприклад, Міжнародний Суд ООН є більш консервативним. Він не дуже часто змінює правову позицію, висловлену в минулих справах. На відміну від вказаного органу, практика міжнародних інвестиційних арбітражів є більш гнучкою, що призводить до різного тлумачення певних правових питань, які в деяких ситуаціях можуть просто суперечити один одному. Відсутність послідовності є однією із небагатьох причин критики з боку держав проти такого механізму вирішення спору.

В інвестиційних спорах міжнародні арбітражі зазвичай використовують статтю 8 коли потрібно встановити чи можна ототожнити

діяння приватних суб'єктів з діяннями держави. При цьому у таких випадках треба пам'ятати, що незначний вплив держави на ці суб'єкти не призводить до наявності атрибуції. Це зумовлено загальними правилами відповідальності держави як суверенного суб'єкту на міжнародній арені. З іншої сторони, держава не може прикриватися суб'єктами з відокремленою правосуб'єктністю та уникати відповідальності за міжнародним правом.

Перейдемо тепер до практики міжнародних арбітражів з інвестиційних спорів що стосується застосування ст. 8 Проекту Статей. Більшість рішень арбітражів свідчить про широке застосування тесту ефективного контролю, встановленого в справі Нікарагуа проти США [7, с.52; 18, с.86]. Тому загальний контроль не є достатнім для наявності атрибуції діянь державі. Арбітражна практика дуже часто зіштовхується з питанням ототожнення діянь компаній з діяннями держави. Тому дуже релевантними в цій ситуації є Проект статей про відповідальність держав, який чітко підкреслює, що факт заснування компанії спеціальним законом або іншим способом не призводить до наявності атрибуції [8, с.48]. Теж саме стосується лише самого факту володіння меншістю [10, с. 32] або навіть більшістю акцій компанії державою [16, с. 91].

Щодо ефективного контролю у інвестиційних спорах, то міжнародні арбітражі розтлумачили даний тест. Встановлюється вимога наявності загального контролю над особою, а також контроль над діянням яке ймовірно порушило міжнародно-правові зобов'язання [18 с. 86; 10, с. 51]. Тобто існує фактичний зв'язок між державою та суб'єктом, який вчиняє відповідне діяння [8, с. 47; 14, с. 109]. Прикладами на практиці можуть бути: сильний вплив держави на суб'єкт за допомогою службових осіб органів державної влади, які також займають керуючі посади на підприємстві; надання вказівок та інструкції на вчинення певного діяння; абсолютний контроль держави шляхом створення, наприклад, компанії, володіння нею та її використання для досягнення державних потреб.

Звернемося тепер до сучасної практики міжнародних арбітражів. Справа *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt* [1] є яскравим прикладом екстраординарного впливу держави. Позивачі – компанії, інкорпоровані в США, які володіли єгипетською компанією East Mediterranean Gas Company (EMG). Створення EMG було результатом довгих переговорів у Єгипті з приводу постачання газу до Ізраїлю. Діяльність EMG стосувалася купівлі і направлення газу до Ізраїлю. Вона заключила попередній договір з приводу продажу природного газу з державною компанією The Egyptian General Petroleum Corporation (EGPC), що призвело до укладення вже договору з приводу питання по-суті між цими ж сторонами. Сторони також заключили трьохсторонній договір між собою та ще однією державною компанією Egyptian Natural Gas Holding Company (EGAS). Єгипет продовжив термін ліцензії, яка звільняла EMG від сплати податків.

Після певних діянь EGAS та EGPC інвестор ініціював розгляд справи арбітражним трибуналом. Позивач аргументував порушення певних положень двостороннього інвестиційного договору між США та Єгиптом. Питання атрибуції в цій справі підіймалося з приводу відповідності дій EGAS та EGPC їхнім контрактним зобов'язанням. Важливим для арбітражного трибуналу було встановити чи відповідає Єгипет за дії цих суб'єктів і чи призведе порушення контракту (міжнародного договору).

Арбітраж МЦУІС знайшов атрибуцію за статтею 8 за наявності таких фактів у сукупності: відповідно до підзаконних актів виконавчої влади Єгипту, EGPC уповноважили представляти Міністерство газу, це ж Міністерство уповноважувало EGPC та EGAS заключити договори з EGM; у Меморандумі порозуміння 2005-го року між Єгиптом та Ізраїлем містяться положення про представницький характер діяльності EGPC та EGAS стосовно Міністерства; відповідно до протоколу, засідання, на якому було прийнято рішення про розірвання договору, керувалося Міністром

Міністерства Газу, який займав положення президента EGPC; багато інших службових осіб приймало участь на цьому засіданні, які окрім державної посади були одночасно службовими особами директоратів (виконавчі органи EGPC та EGAS).

Беручи до уваги ці факти, арбітражний трибунал прийшов до логічного висновку щодо задоволення вимог, встановлених статтею 8. Вказана справа є свідченням того, що на практиці дуже багато випадків, коли з тих чи інших причин, зокрема економічних, держава створює багато де-юре незалежних суб'єктів. Вони ж, завжди є об'єктом керівництва згори, що надає змогу міжнародним арбітражним трибуналам не дати державі можливості уникнути відповідальності.

Іноді навіть слова «глави держав» можуть зіграти вирішальну роль для встановлення атрибуції. С приводу цього аспекту звернемося до справи *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, яку вирішила Постійна палата третейського суду. Позивач був одним із трьох акціонерів компанії «Юкос». Позивачі у даній справі вважали, що дії Російської Федерації порушують положення Енергетичної Хартії. Палата третейського суду вирішувала питання чи були дії компанії «Роснефть» діями Російської Федерації. Задля надання відповіді на це запитання вона застосувала статтю 8. Аналізуючи питання атрибуції Палата звернула увагу на такі факти. По-перше, РФ володіла більш ніж 70% акції цієї компанії. По-друге, службові особи призначалися і призначаються державою і багато з тих, хто був членами Ради директорів компанії займали високі посади в уряді РФ. Деякі з них також були наближені до Президента РФ. Проте, палата зазначила, що цих саме фактів було недостатньо для визнання відповідальності РФ за статтею 8, бо немає доказів наявності вказівок, інструкцій чи контролю РФ над компанією під час вчинення певних дій.

Дуже важливим було й те, що Палата звернула увагу на заяву Президента РФ. Його слова про дії компанії «Роснефть» за допомогою яких

держава «забезпечує свої інтереси», були вирішальними для визнання атрибуції за статтею 8. Таким чином, оскільки єдиним акціонером «Роснефть» на той час була РФ, а службові особи були пов'язані з урядом і Президентом, Палата зробила висновок що компанія в такому випадку діяла відповідно до вказівок наданих РФ.

В деяких рішеннях арбітражні трибунали підкреслюють, що контроль над суб'єктом повинний бути суверенним, адже звичайний контроль здійснюваний суто в комерційних цілях, без залучення держави, не береться до уваги. Таку саме позицію висловив арбітраж МЦУІС у справі *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey* [16]. Більше того було зазначено, що діяння приватного підприємства не можуть присвоюватися державі у випадках, якщо остання володіє лише більшістю або контрольним пакетом акцій. Більше доказів потрібно для встановлення атрибуції в такому випадку. В даній справі, інвестор володів долею акцій Турецької компанії Tulip JV, яка заключила договір з інвестиційним трастом нерухомості – «Emlak». Акціями цього трасту володів державний орган – ТОКІ.

Ціллю договору було виконання проекту стосовно змішаного використання житлової та комерційної нерухомості. Його виконання відкладалося та не було здійснено у встановлені строки. Через це, інвестиційний траст розірвав договір та призначив повторний конкурс на виграш тендеру с приводу цього ж проекту. Як наслідок, інвестор ініціював вирішення спору арбітражем МЦУІС, вважаючи, що розірвання договору призвело до порушення певних положень інвестиційного договору між Нідерландами та Туреччиною.

Звісно постало питання чи можна вважати дії Emlak діями держави, оскільки орган останньої володів акціями цього трасту. Арбітраж МЦУІС, застосовуючи тест ефективного контролю зазначив, що для надання позитивної відповіді на дане питання потрібно встановити наявність

контролю, інструкцій або вказівок щодо вчинених трастом дій. При цьому, вони повинні бути суто суверенними, а не комерційними. Аналізуючи фактичні обставини справи було встановлено, що ТОКІ володіло більшістю акцій трасту, які надавали право голосу. Більше того, головою обох суб'єктів була одна і та ж сама службова особа. Позивач вважав, що саме наявність в такому випадку державного впливу є визначальною. Проте, арбітражний трибунал, проаналізувавши обставини справи, зробив висновок, що усі дії трасту від самого початку взаємних відносин з інвестором, до розірвання договору були суто комерційними і стосувалися саме цілей для досягнення прибутку трастом. Доказів щодо впливу держави на будь-які рішення останнього надано не було, навпаки, все свідчило про прийняття рішень через економічні обставини з метою запобігання збитків через відкладання проекту та порушення етапів виконання договору інвестором.

Інвестор подав запит щодо анулювання арбітражного рішення, згідно з декількома підставами. Комітет *ad hoc* підстав для анулювання не знайшов, але розтлумачив такі поняття як інструкція та вказівка. Інструкція – повідомлення особі про те, що вона повинна зробити. Вказівка – звернення уваги суб'єкту на взірець його поведінки в окремих ситуаціях.

Вище наведена справа демонструє зрушення у практиці арбітражних трибуналів. Але є й рішення які відступають від загальної тенденції. Так у справі у справі *Bayindir v. Pakistan* [5], інвестор, компанія інкорпорована в Туреччину, заявляв порушення певних положень двостороннього інвестиційного договору між Туреччиною та Пакистаном. Цікавою є ця справа також у тому, що Компанія заключила договір з Національним управлінням керування автомагістралі Пакистану на будівлю дороги. Держава взагалі на перший погляд ніяким чином не брала участь у цих правовідносинах. Проте, влучно зазначається, що порушення такими, відстороненими від держави, суб'єктами їхніх контрактних зобов'язань

може привести до відповідальності самої держави за двостороннім інвестиційним договором. Відповідно до позиції інвестора, дії Національного управління були діями держави в контексті міжнародного права, а порушення контракту призвело до порушення певних положень міжнародного договору (це стосується непрямой експропріації, недискримінації, стандарту справедливого і рівного ставлення).

Арбітраж МЦУІС звернувся до статті 8 і зробив висновок, що можливе порушення міжнародного інвестиційного договору було прямим наслідком розірвання договору Національним управлінням. Це рішення не було б прийнято без вказівок держави та вторгнення у контрактні відносини між інвестором та іншим Національним управлінням. При цьому Арбітраж МЦУІС звернув увагу на те, що атрибуція за статтею 8 не потребує характеристики діяння як суверенного або комерційного по своїй природі [5, с. 35].

Окремої уваги заслуговує положення, у вищевказаному рішенні про те, що визначення атрибуції в питаннях інтервенції або міжнародної кримінальної відповідальності базуються на різних фактичних підставах. Арбітраж МЦУІС зазначив, що метод визначення атрибуції в цих галузях не завжди може бути застосований у реаліях міжнародного економічного права, а отже більш гнучкий підхід може бути застосований в інвестиційних спорах.[5, с. 35]. Дане положення є дуже цікавим оскільки зазвичай Арбітражі слідують практиці встановленою Міжнародним Судом, а деякі з них навіть відхиляють менш вимогливий тест загального контролю встановлений МТКЮ у справі Тадіча [15, с. 249-250].

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі. Підсумовуючи вищезазначене, треба підкреслити основні моменти. Питання атрибуції діянь приватних осіб відіграє важливу роль в сучасних реаліях. Міжнародні інвестиційні арбітражі переважно застосовують вимогливий тест ефективного контролю, в деяких випадках,

навіть, відхиляючи тест встановлений МТКЮ. Для наявності атрибуції інвестори повинні наводити досить вагомі докази того, що держави застосовую приватну особу, як механізм для досягнення своїх цілей.

References

1. Ampal-American Israel Corporation and Others v. Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21 February 2017.
2. Application of the Convention on the prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. (2007).
3. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J Reports (2005).
4. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain); Second Phase, International Court of Justice (ICJ), Merits, Judgment, 1970.
5. Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.
6. Elena Laura Alvarez Ortega, The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals Within the Territory of Another State, REVISTA PARA EL ANALISIS DEL DERECHO, 2015.
7. Hamster v. Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, at paras. 179, 199.
8. ILC, Draft articles on Articles on State Responsibility, with commentaries, II.2 YILC 31, (2001).
9. Lao Holdings v. Laos, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decision on the Merits, 10 June 2015, at para. 81.
10. Masdar Solar v. Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018
11. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.), Merits, Judgment, 1986.
12. Prosecutor v Tadic case (IT- 94-1-A), Appeals Chamber of ICTY, Judgment, 1999.

13. S. Talmon "The responsibility of outside powers for the acts of secessionist entities" *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009, pp. 493-517.
14. Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016.
15. Teinver S.A. v. Argentine, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, 21 July 2017
16. Tulip Real Estate and Development Netherlands v. Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014.
17. Veteran Petroleum Limited v. Russia, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228, Final Award, 18 July 2014.
18. White Industries Australia Limited v. India, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011.