

Київський національний торговельно-економічний університет
Кафедра міжнародного приватного, комерційного та цивільного права

ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на тему:

**ДЕРЖАВА ЯК УЧАСНИЦЯ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО
АРБІТРАЖУ**

Студентки 2-М курсу, 9 групи,
спеціальності 081 «Право»
спеціалізації «Цивільне право
та процес»

*підпис
студента*

Когут Оксани
Василівни

Науковий керівник:
кандидат юридичних наук,
доцент

*підпис
керівника*

Гончаренко Олена
Миколаївна

Гарант освітньої програми:
доктор юридичних наук

*підпис
керівника*

Примак Володимир
Дмитрович

Київ 2019

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. Теоретичні засади участі держави у міжнародному комерційному арбітражі	
1.1. Поняття та види імунітетів держав у міжнародному приватному праві.....	7
1.2. Концепції імунітетів держав.....	14
1.3. Законодавство України щодо імунітетів держав.....	19
РОЗДІЛ 2. Практика вирішення спорів за участю держави	
2.1. Вирішення спорів в інституційних арбітражах.....	31
2.2. Вирішення спорів в арбітражах ad hoc.....	38
2.3. Вирішення спорів у Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів.....	42
ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ.....	48
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	52
ДОДАТКИ.....	60
Додаток 1 Аналіз судової практики у справах, пов'язаних з міжнародним комерційним арбітражем	

ВСТУП

Актуальність теми. На сучасному етапі розвитку правових систем держав, а також із врахуванням модернізації процесу вирішення спорів, особливої уваги набувають проблемні питання, які стосуються участі держави у міжнародних процесах. Зокрема, багато спорів з'явилося у зв'язку з анексією Російською Федерацією Криму. Так, справами щодо націоналізації та експропріації майна в Криму, які розглядаються арбітражними судами *ad hoc*, створеними відповідно до Арбітражного регламенту Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL) та фінансуються Постійним третейським судом є такі: *Aeroport Belbek LLC and Mr Kolomoisky, LLC Lugzor, Stabil LLC, JSC Oschadbank, PJSC Ukrnafta v The Russian Federation*, а також інші.

Застосування саме такої процедури вирішення спорів підтверджує високу ефективність та актуальність застосування арбітражу при виникненні суперечок за участю держави. Саме арбітраж як один з альтернативних методів регулювання спорів активно застосовується ще з минулого століття для їх вирішення з урахуванням комерційного характеру та участю іноземного елемента. Маючи статус альтернативи судового процесу, саме цей метод зазнав впливу нових сфер права, набув популярності в різних правових системах та правовідносинах за участю держави.

Про актуальність цієї тематики свідчить і той факт, що сторони можуть звернутися і до всесвітньо відомих арбітражних інституцій (Міжнародний арбітражний суд при Міжнародній торговій палаті, Міжнародний центр з вирішення інвестиційних суперечок, Стокгольмський арбітражний інститут, Лондонський суд з міжнародного арбітражу, міжнародні комерційні арбітражні суди Європейських країн), і до галузевих арбітражних центрів (Японський морський арбітраж у Токіо, Морський третейський суд у Гамбурзі, Арбітражний суд при Асоціації торгівлі зерном і кормами (ГАФТА), арбітражний суд при Федерації з торгівлі вовною в Гдині, Арбітражний суд при Федерації торгівлі олійними культурами й жирами (FOSFA), Міжнародна

асоціація інженерів-консультантів (FIDIC), Спортивний арбітражний суд (CAS).

Кожна держава, залежно від правової системи та правової свідомості її громадян, створює правові основи функціонування міжнародного арбітражу на власній території, а це вагомим чином впливає на результат арбітражного процесу. Саме завдяки «дружньому» ставленню до арбітражу та чи інша юрисдикція може користуватися широким попитом, також важливе значення має особливість держави як суб'єкта арбітражного процесу. На справи звертають більше уваги тоді, коли арбітражні рішення проходять через процедуру визнання та виконання, потрапляючи в судові інстанції та стають публічними, а це найчастіше відбувається у випадках залучення держави до таких процесів (наприклад, її майна, державного бюджету). Усе зазначене також впливає на актуальність обраної нами тематики.

Зважаючи на це, і з теоретичної, і з практичної точки зору існує необхідність правового аналізу практики участі держави у міжнародному арбітражі та дослідження інституту імунітету держави для вдосконалення механізму участі та захисту інтересів держави у таких спорах.

Дослідженням питання участі держави у міжнародному комерційному арбітражі займалися такі іноземні науковці як: Дж. Делапен, Х. Лаутерпахт, Ч.Льюїс, Ф. Манн, Я. Сінклер, С. Сучаріткул, Х. Фокс, Дж. Хілл, М. Шоу та інші. В Україні питання імунітету держав в міжнародному комерційному арбітражі, участі держави у інвестиційних спорах, досліджували: А. Довгерт, І. Ізарова, Л. Винокурова, О. Гончаренко, В. Кисіль, Д. Марчуков, та багато інших.

Мета випускної кваліфікаційної роботи полягає у визначенні особливостей участі держави у міжнародних комерційних арбітражних спорах, у тому числі інвестиційних спорах, визнанні та виконанні арбітражних рішень державними судами, а також наданні практичних рекомендацій для вдосконалення цього процесу.

Для досягнення поставленої мети необхідно виконати наступні **завдання**:

- визначити поняттям та імунітету держави;
- встановити концепції імунітетів держави;
- розкрити положення законодавства України та міжнародних договорів щодо імунітетів держави (угоди в рамках СОТ, Угоду про асоціацію між Україною та ЄС, угоди про зону вільної торгівлі, угоди про розподіл продукції, міжнародні договори в арбітражі, Конвенцію ICSID, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність», Закон України «Про міжнародне приватне право», Закон України «Про угоди про розподіл продукції»);
- дати власне визначення імунітету держави, виокремити та порівняти його види з одночасним юридичним аналізом відповідного законодавства;
- охарактеризувати практику вирішення спорів за участю держави;
- виокремити особливості вирішення спорів в інституційних арбітражах;
- ознайомитися з вирішенням спорів в арбітражах ad hoc;
- виокремити особливості розгляду спорів у Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів;
- визначити особливості судової практики у спорах, пов'язаних з міжнародним комерційним арбітражем через їх юридичний аналіз (у формі таблиці);

Об'єктом цього дослідження є суспільні відносини щодо врегулювання спорів за участі держави у міжнародному комерційному арбітражі.

Предметом дослідження виступає держава як учасниця міжнародного комерційного арбітражу.

Методи дослідження. Під час дослідження були використані наступні загальнонаукові та спеціальні методи: діалектичний, формально-логічний, порівняльно-правовий, синтезу, аналізу, індукції, узагальнення, статистичний та інші. Діалектичний метод використовувався для вивчення нормативно-правових актів, міжнародних договорів, які регулюють імунітету держави. За допомогою формально-логічного методу було проведено класифікацію міжнародних договорів щодо участі держав у міжнародному комерційному арбітражі. Порівняльно-правовий метод застосовувався при порівнянні порядку

розгляду справ у різних арбітражних інституціях. Метод аналізу та синтезу використовувався при дослідженні дефініцій: концепції імунітету держав, міжнародний комерційний арбітраж.

Наукова цінність цього дослідження полягає у подальшій розробці доктринальних положень щодо держави як учасниці міжнародного комерційного арбітражу.

Зокрема, елементи наукової новизни містяться у пропозиції щодо розширення поняття імунітету держави через його врегулювання та прийняття Закону України «Про міжнародну торговельну діяльність». Також це відображено у пропозиції врегулювати процедуру виконання рішень інвестиційного арбітражу у п. 12 ч. 2 статті 5 Закону України «Про виконавче провадження». Елементом наукової новизни є також нова пропонована нами редакція ч. 1 ст. 75 (2) Закону України «Про міжнародне приватне право», де потрібно додати формулювання, що суд відмовляє «на користь іноземного юрисдикційного органу (арбітражу)».

Практична цінність роботи полягає в можливості та необхідності застосування наявних напрацювань щодо участі держави в арбітражних спорах, вдосконаленню інституту імунітету держави та підвищення ефективності його застосування.

Публікації. За підсумками написання випускної кваліфікаційної роботи було опубліковано одну статтю: Когут О.В. Ukraine as jurisdiction in international commercial arbitration у збірнику наукових статей студентів «Правове забезпечення підприємницької діяльності» К.: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2019. Ч. 2. С. 12-18.

Структура та обсяг роботи. Робота складається з 2 розділів та містить додаток, де проаналізовано судову практику України у сфері міжнародного комерційного арбітражу. Повний обсяг роботи – 78 сторінок (з додатками).

РОЗДІЛ 1

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ УЧАСТІ ДЕРЖАВИ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

1.1. Поняття та види імунітетів держав у міжнародному приватному праві

Аналізуючи поняття імунітету держави у теорії міжнародного приватного права, потрібно звернути особливу увагу на історію його формування, адже цей міжнародно-правовий інститут виник доволі давно.

Поняття імунітету вперше було сформульовано у принципі: «*Par in parem non habet imperium*» (рівний над рівним не має влади) [28, с. 64].

За своєю концептуальною сутністю, вважаємо, що він втілює теорію рівності особливих за статусом сторін правовідносин. Наприклад, відносини двох держав мають певні визначальні характеристики, які зумовлюються правовим статусом таких утворень. Жодна з держав не може мати переваг або більш вигідного становища, оскільки їх імунітети повністю однакові.

Цікаво, що у теорії права на поняття імунітету не мають впливу ні економічні показники розвитку держав, ані інші матеріально-статистичні показники, які могли б у певних умовах надавати одній з цих двох держав вигідніше правове становище. Це означає, що будь-яка держава Африки (з доволі низькими економічними показниками) та Швейцарія (як високо розвинута економічна держава), наприклад, мають повністю ідентичні імунітети, а також не можуть бути дискриміновані на будь-якому ґрунті. У випадку порушення принципу рівності кожна з держав має право та повинна звертатися за захистом до відповідних міжнародних інституцій.

О. І. Мисак у своїй статті «Міжнародно-правова відповідальність держав: аспекти дослідження теорії і практики» зазначає, що до міжнародних приватно-правових відносин держави увагу привертають критерії розмежування дій держави, які призводять чи не призводять до набуття нею імунітету у відносинах з суб'єктами приватного права (фізичними, юридичними особами). У

міжнародно-приватних відносинах, зазначає дослідниця, імунітет держави – це непідлеглість однієї держави законодавству та юрисдикції іншої. Проте використання принципу імунітету не означає відмову у судовому захисті. Причини притягнення до відповідальності значення не мають. Позов до держави може бути подано до суду цієї ж держави або ж до суду іншої держави, але виключно у тому випадку, якщо держава-правопорушниця чітко висловить свою згоду на це, зокрема й у формі мовчазної згоди [44, с. 45].

Ян Сінклер, наприклад, стверджує, що якщо хто-небудь бажає зазирнути в корінь сучасного права імунітету держави, то виявить, що його початок лежить у ранніх теоріях особистого імунітету суверенів або керівників держав [72, с. 46]. Досліджуючи поняття імунітету держави, ми радше погоджуємося з такою позицією професора Гаазького університету, адже історія права є визначальною у цьому контексті.

Аналізуючи статтю О.І.Мисак, варто екстраполювати її наукові висновки до досліджуваної нами тематики. Зокрема, існують проблеми з виконанням арбітражних рішень, винесених інвестиційним арбітражем проти держави, адже по суті примусового механізму щодо держави не має, а вона часто може ухилятися від добровільного виконання.

Слово «імунітет» походить від латинського слова «immunitas» – звільнення, позбавлення чогось. Імунітет іноземної держави полягає у непідпорядкованості держави владі іншої держави, її юрисдикції.

Можна підсумувати, що імунітет держави – це особливий міжнародно-правовий інститут, механізм якого полягає в тому, щоб захистити державу від впливу та контролю над нею, будь-якою її власністю, юрисдикцією будь-якою іншою державою.

Пітер Трубофф вважає, що, з урахуванням того, що було зроблено безліч спроб історичного аналізу теми імунітету держави, нині можна говорити про досягнутий консенсус у розумінні того, що доктрина імунітету іноземної держави проходить через особистий імунітет керівників держави [72, с. 11].

Дослідниця Н. В. Аляб'яєва доречно зазначає, що імунітет держави слід відрізняти від консульського та дипломатичного імунітетів, які надаються як привілеї відповідним категоріям осіб для здійснення ними представницьких функцій на підставі норм дипломатичного й консульського права. Зважаючи на особливий правовий статус держави, варто розуміти, що її імунітет не є певною перевагою, а навпаки – необхідною складовою у відносинах з іншими державами [28, с. 64].

Загальне і просте визначення державного імунітету дає Гельмут Штайнбергер: «У контексті міжнародного публічного права право імунітету держави розуміють як сукупність юридичних принципів і норм, відповідно до яких іноземна держава може заявляти право на вилучення з-під юрисдикції іноземної держави, призупинення здійснення і не підпорядкованість юрисдикції іншої держави» [73, с. 428].

Застосування імунітету не означає відмови у правосудді. Позов до держави може бути заявлено у судах цієї ж держави. А в судах іншої держави – тільки з її явно вираженої або мовчазної згоди.

Поняття імунітету держави не може бути механізмом захисту держави від уникнення відповідальності у суді. Наприклад, останнім часом почастишали розгляди справ проти Росії, України у Європейському суді з прав людини щодо захисту власності громадянами в Україні через втрату рухомого та нерухомого майна у Донецькій та Луганській областях. ЄСПЛ прийняв до розгляду такі скарги, адже у таких ситуаціях імунітет держави не може застосовуватися, бо це неможливо з огляду на теоретичну концепцію імунітету держави. Слід наголосити, що це поняття передбачає та здебільшого (особливо в арбітражі) застосовується у міждержавних відносинах для досягнення рівності між суб'єктами правовідносин, а також утвердження основних компонентів концепції верховенства права, зокрема: правової визначеності, рівності та прав людини.

У теорії права та практиці держав розрізняють декілька видів імунітету:

1) судовий імунітет;

- 2) імунітет від попереднього забезпечення позову;
- 3) імунітет від примусового виконання судового рішення;
- 4) майновий імунітет (імунітет власності).
- 5) імунітет угод держав [28, с. 65].

Н. В. Аляб'єва у своєму дослідженні вказує, що судовий імунітет означає, що позови до іноземної держави не можуть розглядатися без її згоди в судах іншої держави. Причини притягнення до відповідальності у даному випадку значення не мають. До держав, зазвичай, не можуть бути пред'явлені позови у іноземних судах, якщо тільки ці держави з власної волі не підпорядкували себе юрисдикції іноземних судів. Вказане стосується позовів, які порушуються безпосередньо проти іноземних держав, та «непрямих» позовів, як, наприклад, позовів про судно, що знаходиться у володінні іноземної держави [28, с. 67].

Цікаво, що судовий імунітет може мати вагомий вплив на розгляд тих чи інших справ в міжнародному комерційному арбітражі.

Національне законодавство України також містить норми щодо застосування судового імунітету. Відповідно до ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право», пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову ізвернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України. Частиною 4 цієї ж 79 статті передбачений механізм захисту при порушенні принципу рівності в імунитетах, такий захист може здійснюватися Кабінетом міністрів України. Зокрема: «У тих випадках, коли в порушення норм міжнародного права Україні, її майну або представникам в іноземній державі не забезпечується такий же судовий імунітет, який згідно з частинами першою та другою цієї статті забезпечується іноземним державам, їх майну та представникам в Україні, Кабінетом Міністрів України може бути вжито до цієї

держави, її майна відповідних заходів, дозволених міжнародним правом, якщо тільки заходів дипломатичного характеру не достатньо для врегулювання наслідків зазначеного порушення норм міжнародного права» [19].

Варто зазначити, що таку норму потрібно завжди закріплювати в законодавстві, а головне – застосовувати у правовідносинах при необхідності. Відсутність цього механізму може породжувати колізії та принципово проблемні ситуації на міжнародній арені.

Імунітет від попереднього забезпечення позову передбачає, що не можна у порядку дострокового забезпечення позову приймати без згоди держави будь-які примусові заходи щодо його майна [28, с. 213].

Повинні у цьому контексті згадати про цивільні справи, де інститут попереднього забезпечення позову дозволяє позивачу ефективно захистити предмет спору від протиправних, шахрайських та незаконних дій з боку відповідача. Наприклад, часто може виникати ситуація, що відповідач для уникнення відповідальності або зміни сторони у позові може продати майно, подарувати його або здійснити відчуження в інший спосіб. Інститут попереднього забезпечення позову допомагає уникнути таких ситуацій та забезпечує захист прав та свобод осіб і предмета спору. З огляду на особливий правовий статус держави впливає і цей вид імунітету.

Імунітет від примусового виконання судового рішення полягає в тому, що без згоди держави не можна здійснити примусове виконання рішення, винесеного проти певної держави [52, с. 129].

Цей різновид імунітету держави презюмує факт надання згоди для примусового виконання рішення (в тому числі, арбітражу), але такий механізм також може нівелювати значення суду або арбітражу як інституції з врегулювання спорів, оскільки в даному випадку саме держава впливає на безпосереднє виконання винесеного рішення.

Імунітет власності держави означає, що власність держави недоторкана. Вона не може підлягати примусовому відчуженню, арешту та іншим примусовим заходам, її не можна силою утримувати на іноземній території.

Якщо до держави застосовується імунітет власності, то попереднє забезпечення позову унеможлиблюється.

Відповідно до положень статті 326 Цивільного кодексу України у державній власності є майно, у тому числі грошові кошти, яке належить державі Україна. Від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюють відповідно органи державної влади. Управління майном, що є у державній власності, здійснюється державними органами, а у випадках, передбачених законом, може здійснюватися іншими суб'єктами [14].

Міжнародні акти також забезпечують захист державної власності, наприклад, щодо культурних цінностей – це Конвенції ЮНЕСКО про захист культурних цінностей, Конвенція УНІДРУА про викрадені або незаконно вивезені культурні цінності [6, 7].

У цих актах передбачено, наприклад: імунітет від конфіскації, імунітет культурних цінностей, які знаходяться під особливим захистом. Імунітет може бути знятий лише за виняткових обставин (незворотньої воєнної необхідності), але лише на час такої необхідності.

Найбільш важливим підтвердженням імунітету угод держав є Вашингтонська конвенція про порядок вирішення інвестиційних суперечок між державами й іноземними особами 1965 року. Згідно зі ст. 42 інвестиційна суперечка за участю держави розглядається на основі права, обраного сторонами; при відсутності такого вибору – застосовується право держави, що виступає як сторону в суперечці [3].

Цікаво, що науковці зазначають про практику відмови держави від застосування імунітету.

Зокрема, закон США «Про імунітети іноземної держави» 1976 р. (п. «а» 1605) постановляє, що іноземна держава може відмовитися від імунітету прямо чи опосередковано [31, с. 13]. Чіткі положення, що визначають випадки опосередкованої відмови від імунітету, містять закони Австралії, Великобританії, Канади, Пакистану, Сінгапуру. Припускається, що іноземна держава підкорилася юрисдикції:

- а) якщо вона порушила розгляд;
- б) якщо вона вступила в справу або прийняла заходи щодо розгляду.

Проблем є питання з поняттям «публічний порядок», який є підставою для відмови у визнанні та примусовому виконанні арбітражних рішень українськими судами. Відповідно судові інституції можуть у таких випадках повністю діяти на власний розсуд, це підтверджується і відповідною судовою практикою.

Про це, наприклад, може свідчити лист Української Арбітражної Асоціації від 24 квітня 2017 року щодо справи № 759/16206/14-ц про визнання та надання дозволу на примусове виконання на території України рішення апеляційної колегії арбітражного суду Міжнародної організації торгівлі зерном та кормами (GAFTA) від 23 травня 2014 року № 4323A. Саме у цій справі піднято надзвичайно важливі питання, у тому числі обсяг поняття “публічний порядок” як підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземних арбітражних рішень. Вирішення цих питань Судом у цій справі є важливим для розвитку арбітражу в Україні, сприйняття України як юрисдикції, дружньої до арбітражу, а також формування уніфікованої міжнародної практики застосування Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року [42].

Таким чином, питання тлумачення та застосування норм українського законодавства, а також міжнародних договорів, стороною яких є Україна, у цій справі є виключно повноваженнями суду. У той же час, з огляду на важливість питань, що розглядаються у цій справі, є за доцільне згадати Висновок незалежних спеціалістів, в якому викладено аналіз застосовних положень законодавства, а також наявної на даний момент практики українських судів та висвітлено міжнародні підходи до вирішення аналогічних питань, на основі яких суд може надати оцінку на власний розсуд [40].

Отже, базуючись на проведеному аналізі поняття та видів імунітету держави, вважаємо за необхідне виокремити власну дефініцію цього поняття.

На наш погляд, імунітет держави треба визначати як міжнародно-правовий інститут, який полягає в наданні особливого правового статусу держави для

унеможливлення різних видів стягнень, посягань або втручання на її територію, майно, процесуальні дії та бездіяльність щодо неї чи її представництв будь-якими органами влади інших держав.

На підтримку нашого визначення можна додати, що Сомпонг Сучаріткул стверджує, що доктрина імунітету держави в міжнародному праві походить з імунітету суверена від юрисдикції судів його власної держави, маючи на увазі в даному випадку Великобританію, у конституційній практиці якої була висловлена максима: «Король не може бути відповідачем у своїх власних судах» [74, с. 17].

1.2. Концепції імунітетів держав

У теорії права та практиці розрізняють концепцію абсолютного та обмеженого (функціонального) імунітетів держави.

Лео Дж. Буше зазначав, що концепція державного імунітету має на увазі непокору держави юрисдикції іноземних судів (імунітет від юрисдикції), що власність держави, яка знаходиться за кордоном, не є предметом накладення арешту та виконавчих заходів (імунітет від виконавчих заходів) [59, с. 3]. Помітно, що у такому визначенні науковець виділив лише два види імунітетів.

Принцип суверенної рівності держав став передумовою виникнення абсолютного імунітету держави, а концепція обмеженого (функціонального) імунітету навпаки ґрунтується на тому, що іноземна держава користується імунітетом тільки тоді, коли вона здійснює суверенні дії. Якщо ж іноземна держава здійснює дії комерційного характеру: укладає зовнішньоторгові правочини, експлуатує торговельний флот, то вона не користується імунітетом [28, с.113].

У сучасному міжнародному праві норма про імунітет держави є загальновизнаною, розрізняються лише підходи до її обсягу і сфери застосування. Як зазначалося вище, відповідно до теорії обмеженого імунітету,

іноземна держава, її органи, а також її майно не користуються імунітетом щодо вимог, які пов'язані з комерційною діяльністю.

Вважається класичним висловлювання судді сера Роберта Філімора, яке міститься в його рішенні по справі «The Charkieh» 1873: «Жоден принцип міжнародного права, жодна вирішена справа і жодна доктрина юристів, що відомі мені, ще не зайшли на стільки далеко, щоб дозволити суверенному принцу набути характеру торговця, коли йдеться про його вигоди; а також, коли він бере на себе зобов'язання перед приватним суб'єктом скинути з себе маску і постати як суверен, який вперше вимагає у своїх інтересах і на шкоду приватній особі надання йому всіх атрибутів, які належать йому як такому» [58, с. 54]. У справі «The Charkieh» 1873 уперше комерційний характер служби або використання державного судна був визнаний як підстава для позбавлення його права на імунітет.

Абсолютний імунітет держави заснований на імперативному принципі сучасного міжнародного публічного права – суверенній рівності держав. Держава завжди є єдиним суб'єктом, хоча вияв її правосуб'єктності може бути різним. Згідно з цією теорією, зазначає М.В.Гусев, має місце достатньо широке тлумачення та застосування імунітету, яке полягає в тому, що заявлення позову до іноземної держави, забезпечення позову і звернення стягнення на майно іноземної держави можуть бути допущені тільки зі згоди компетентної держави. Нині в більшості держав набула поширення теорія функціонального (обмеженого) імунітету. Відповідно до неї держава, діючи як суверен, завжди користується імунітетом. держава діє як приватна особа, скажімо, в зовнішньоторговельних операціях, то в цих випадках вона не володіє імунітетом. На цій концепції базується і Європейська (Базельська) Конвенція про імунітет держав 1972 року, яка розмежовує публічно-правові та приватно-правові дії держави [33, с. 90].

Конвенція містить перелік випадків, в яких держава не користується імунітетом (зокрема, спори з трудових контрактів, охорона патентів на товарні знаки, відшкодування збитків та ін.). Україна належить до так званих

транзитних (перехідних) країн, яка перебуває на шляху розбудови демократичного суспільства, що передбачає переформатування законодавства у галузі державного імунітету, його орієнтацію на розвинені європейські країни. До того ж, сучасний міжнародний цивільний оборот та міжнародне приватне право мають багато прикладів нетрадиційних явищ і процесів, одним з яких є розширення участі України в міжнародних приватноправових відносинах (концесія, розподіл продукції, випуск цінних паперів, спадкових, трудових та ін.) [33, с. 90].

На сьогодні існує необхідність ратифікації Європейської конвенції про імунітет держав для вирішення низки проблем щодо розмежування характеру дій держави у правовідносинах, а також зменшенню зловживанням правом. На це звернув увагу український уряд, подавши законопроект (реєстраційний № 2380) «Про юрисдикційні імунітети та відповідальність іноземних держав». Це відбулось в таких країнах – Австрія (1974), Велика Британія (1978), США (1976), Сінгапур (1979), ПАР (1981), Пакистан (1981), Канада (1982) [30, с. 1].

Законодавча ініціатива була подана для зняття імунітету з РФ та притягнення її до відповідальності, але за основу тексту проекту брали саме російський закон, це дуже дивно, адже у нас діє інша концепція імунітету. Теорія абсолютного імунітету, яка історично була першою, виходить з того, що держава може бути позбавлена його виключно з її згоди. В свою чергу функціональний імунітет виходить з того, що якщо держава вступає в приватно-правові відносини, які є не властивими для суверена, то навіть за відсутності її згоди її імунітет може бути обмеженим. Ключовим завданням цього законопроекту було створення можливості винесення в Україні її національними судами рішень проти іноземної держави, які б виконувалися в інших юрисдикціях. Однак в порядок денний він, на жаль, не був включений [23].

В той же час ми погоджуємось із позицією Верховного Суду, що включаючи до Угоди між Кабінетом міністрів України і Урядом Російської Федерації про заохочення та взаємний захист інвестицій від 27 листопада 1998

року арбітражне застереження та передбачаючи в ній остаточність і обов'язковість для обох сторін арбітражного рішення, ухваленого за результатами будь-якого спору, який впливає з цієї Угоди, боржник – Російська Федерація *ipso facto* надала згоду на відмову від видів імунітету держави, передбачених статтею 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» та Конвенцією ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власності 2004 року: а) імунітету від пред'явлення позову до іноземної держави, б) імунітету від попереднього забезпечення позову, в) імунітету від примусового виконання судового рішення [22, с. 12].

Українська доктрина, законодавство та практика також традиційно виходили з визнання саме абсолютного імунітету держави. Україна успадкувала від СРСР принцип абсолютного імунітету, що залишився закріпленим у законодавчому порядку у тому самому вигляді, що й за радянських часів. Не змінилася ця ситуація і з прийняттям Закону України «Про міжнародне приватне право» 23 червня 2005р. № 2709-IV, ч. 1 ст. 79 «Судовий імунітет» виходить саме з визнання за державою абсолютного імунітету [19].

Потрібно враховувати, що Україна часто виступає стороною у міжнародних юрисдикційних органах, судах та арбітражних інституціях, а це у свою чергу зумовлює зміну підходів до застосування імунітету.

Визначення торговельної діяльності має важливе значення, оскільки, навіть якщо суд визнає за будь-якою зі сторін, які сперечаються, статус «іноземної держави», він відмовить їй в наданні імунітету, якщо іноземна держава веде торговельну діяльність. Законодавство іноземних держав по-різному підходить до визначення поняття «торговельна діяльність», «торговельний правочин». Законодавчі акти Великобританії, Пакистану, Сінгапуру містять тільки перелік видів правочинів, укладання котрих може призвести до втрати державою імунітету, а саме визначення торговельної діяльності в них відсутнє. Вважаємо, що такий підхід може призвести до маніпулювання цим поняттям, трактуванню на власний розсуд.

Під час аналізу законодавства іноземних держав ми систематизували усі можливі види «торговельної діяльності» держав, до яких належать:

- а) договори про поставку товарів та надання послуг;
- б) договори займу або інші правочини фінансового характеру, гарантії та поруки;
- в) правочини або діяльність торговельного, промислового, професійного або подібного характеру, в котру держава вступає, або з якою держава пов'язана іншим чином, ніж при виконанні суверенних функцій.

Поняття «торговельний» потрібно відрізнити від терміну «комерційний», який вжито в міжнародних конвенціях щодо арбітражу, а також в національному законодавстві України.

Термін "комерційний" відповідно до частини 1 статті 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» тлумачиться широко і охоплює питання, що впливають з усіх відносин торгового характеру, - як договірних, так і недоговірних. Відносини торгового характеру включають такі угоди, не обмежуючись ними: будь-які торгові угоди про поставку товарів або надання послуг чи обмін товарами або послугами; угоди про розподіл, торгове представництво; факторні операції; лізинг; інжиніринг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; купівля-продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; угоди про експлуатацію або концесії; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів та пасажирів повітрям, морем, залізничними та автомобільними шляхами;

Договірна практика України у галузі юрисдикційних імунітетів, зазначають дослідники, після 1991 року зводилася до того, що у двосторонні угоди про сприяння та захист інвестицій мали змогу включатися положення про розв'язання інвестиційних спорів, наприклад, шляхом створення арбітражу або звернення до процедури, передбаченої Вашингтонською конвенцією про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та особами інших держав. У разі виникнення таких спорів Україна та інша договірна сторона

зобов'язувалися не посилалися на свій імунітет щодо судового провадження. Крім того, Україна змушена в договірному порядку відмовлятися від свого імунітету при укладенні договорів про позики грошових коштів з міжнародними фінансовими інституціями, такими, скажімо, як Міжнародний валютний фонд [15].

Така практика, на наш погляд, суперечить положенням національного законодавства щодо абсолютного імунітету, адже через глобалізацію та значну модернізацію правовідносин Україна у деяких випадках змушена застосовувати концепцію функціонального імунітету. Звідси випливає, що потрібно змінити чинне законодавство, передбачивши можливість відмови від судового імунітету.

Наприклад, в Законі України «Про угоди про розподіл продукції» 1999р., ст. 32 передбачала обов'язковість відмови держави від судового імунітету, імунітету від примусових заходів із забезпечення позову та виконання судових рішень щодо укладених з іноземними інвесторами угод про розподіл продукції. Проте ця норма була визнана Конституційним Судом України такою, що не відповідає Конституції України у зв'язку з тим, що «ставить державу в нерівні умови порівняно з іншими учасниками угод про розподіл продукції, оскільки уповноважені діяти від імені держави органи позбавлені оскаржуваною нормою права самостійно визначати умови договору». Зараз диспозиція цієї правової норми виглядає так: «На вимогу іноземного інвестора (інвесторів) держава має право відмовитися від імунітету в угоді про розподіл продукції. Така відмова поширюється на всі судові рішення, рішення міжнародних комерційних арбітражів, рішення у провадженнях щодо попереднього забезпечення позову, а також виконання рішень судових і арбітражних органів» [17].

Таким чином, з обов'язкової відмови від судового імунітету законодавець залишив за державою лише право на такі дії. Також повинна бути вимога іноземного інвестора щодо відмови, але не завжди і не усі інвестори можуть та повинні знати про цю норму, тому далеко не завжди Україна не буде застосовувати судовий імунітет.

Сьогодні, зазначають науковці, абсолютний імунітет - це явище не тільки політичного та юридичного характеру. У зв'язку з вищевикладеним аналізом схиляємось до позиції, що потрібно шукати баланс між абсолютним та обмеженим імунітетом, оскільки застосування кожного з них залежить від обставин, адже в різних правовідносинах застосовуються різні види імунітету.

1.3. Законодавство України щодо імунітетів держав

Для всебічного розуміння імунітету держави в національному контексті необхідно проаналізувати законодавство України у цій сфері. До таких актів можна віднести: угоди в рамках СОТ, Угоду про асоціацію між Україною та ЄС, угоди про зону вільної торгівлі, угоди про розподіл продукції, міжнародні договори в арбітражі, Конвенцію ICSID, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність», Закон України «Про міжнародне приватне право», Закон України «Про угоди про розподіл продукції». Також імунітет держави згаданий у законопроекті № 2380 «Про юрисдикційні імунітети та відповідальність іноземних держав» (ініційований суб'єктами права законодавчої ініціативи для обмеження імунітету держави-агресора), однак на сьогодні цей проект знаходиться лише на стадії ознайомлення Верховною Радою України.

Міжнародні договори в міжнародному комерційному арбітражі

Міжнародні договори у сфері міжнародного комерційного арбітражу за рівнем укладення можна поділити на:

- а) універсальні міжнародні договори, які укладаються на глобальному рівні: Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 року (м. Нью-Йорк), Конвенція про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року (м. Вашингтон);
- б) регіональні, які укладаються на рівні певного регіону земної кулі: Європейська конвенція про зовнішньоторговий арбітраж 1961 року; Міжамериканська конвенція про міжнародний комерційний арбітраж від 30

січня 1975 року (м. Панама); Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності від 20 березня 1992 року (м. Київ) тощо.

Відповідно до статті 9 Конституції України міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, входять до національного законодавства України.

Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень була прийнята 10 червня 1958 року (м. Нью-Йорк), ратифікована Радянським Союзом 10 жовтня 1960 року, Україна як часткова правонаступниця стала повноправною учасницею цієї конвенції. Складається із 16 статей. Сторонами є близько 146 держав світу [2].

Конвенція застосовується щодо визнання та виконання арбітражних рішень, винесених на території іншої держави ніж та, в якій запитується визнання та виконання арбітражних рішень. Сторонами у спорах можуть бути фізичні та юридичні особи. Вона також застосовується до арбітражних рішень, які не вважаються внутрішніми рішеннями в тій державі, де запитується їх визнання та виконання [19].

Згідно з даними Конференції ООН з торгівлі та розвитку (UNCTAD), починаючи з 1987 року було ініційовано 942 інвестиційні міжнародні спори.

Варто виокремити низку гарантій, які містяться в більшості інвестиційних договорів, а саме:

- національний режим іноземного інвестування;
- режим найбільшого сприяння (MFN);
- забезпечення захисту й безпеки інвестування;
- компенсація в разі експропріації;
- "umbrella clause", відповідно до якої права, що отримує інвестор за контрактом із державою, автоматично включаються до прав, передбачених ДІУ;
- свобода пересування платежів, пов'язаних з інвестицією, таких як виплата доходів, повернення позик тощо.

Розгляд інвестиційного спору може охоплювати дві великі стадії (bifurcation of proceedings): юрисдикційну (у середньому 1 рік) і по суті (у середньому 1,5 року). Склад арбітражного трибуналу спершу повинен установити: чи є спір інвестиційним – *ratione materie*; компетенцію сторін щодо спору – *ratione personae*; наявність згоди на арбітраж – *ratione consensus*; поширення арбітражної угоди за критерієм часу – *ratione temporis*. І лише після цього перейти до розгляду справи по суті. Кожен із цих етапів передбачає докладний аналіз: визначення інвестиції, громадянства інвестора, тлумачення положень угоди тощо. Остаточним етапом є винесення рішення, що в середньому забирає третину часу всього розгляду.

За останні роки тривалість інвестиційного арбітражу була предметом гострої критики, оскільки за такий період часу може відбутися низка негативних подій для інвестора, як, наприклад, утрата рентабельності інвестиції. А деякі держави навіть устигають за цей час удатися до низки маневрів, які потім перешкоджають інвестору отримати компенсацію. Також це призводить до збільшення арбітражних витрат.

Конвенція ICSID

Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (м. Вашингтон) була прийнята 18 травня 1965 року, ратифікована Україною 16 березня 2000 року. Її учасниками є близько 160 держав світу. Конвенція складається з преамбули та десяти глав (75 статей). Відповідно до Конвенції був заснований Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (МЦБІС або ICSID).

Метою діяльності Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів є забезпечення вирішення через примирення та арбітраж інвестиційних спорів між Договірними державами та особами інших Договірних держав у відповідності з положеннями Конвенції. До компетенції Центру належить вирішення правових спорів, що виникають безпосередньо з відносин, пов'язаних з інвестиціями, між Договірною державою (або будь-яким уповноваженим її органом, про який Договірна держава повідомила Центр) та

особою іншої Договірної держави, за наявності письмової згоди учасників спору про його передання для вирішення Центру. Сторони, що досягли такої згоди, не вправі відмовитися від неї в односторонньому порядку. Звернення до Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів не вимагає попереднього вичерпання національних засобів захисту. Згода про вирішення спору за допомогою Центру міститься в численних двосторонніх інвестиційних угодах про сприяння та захист іноземних інвестицій [6].

Отже, Конвенція ICSID має на меті врегулювати процедуру вирішення інвестиційних спорів, а її особливістю є обов'язкова участь держави як сторони арбітражного процесу, незважаючи на це, сторони в такому процесі мають рівні права та можливості.

Двосторонні договори про взаємний захист інвестицій

Україною було укладено понад 70 договорів з іноземними державами про взаємний захист інвестицій.

В Угоді між Урядом України та Урядом Азербайджанської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій у ч. 2 ст. 10 передбачено, що якщо будь-який спір між інвестором однієї Договірної Сторони і іншою Договірною Стороною не може бути вирішений протягом шести місяців, інвестор матиме право передати цей спір до: (а) Міжнародного Центру з Вирішення Інвестиційних Спорів (МЦВІС), маючи на увазі відповідні умови Конвенції про вирішення інвестиційних Спорів між Державами і громадянами інших Держав, яка відкрита для підписання в Вашингтоні, Округ Колумбія 18 березня 1965 року, у випадку, коли обидві Договірні Сторони стали стороною цієї Конвенції, або (б) арбітра чи міжнародного ad hoc арбітражного суду, заснованого згідно з Арбітражними Правилами Комісії Організації Об'єднаних Націй з Права Міжнародної Торгівлі (ЮНСІТРАЛ). Сторони спору можуть погодитися в письмовій формі змінити ці Правила. Арбітражні рішення будуть остаточними і обов'язковими для обох сторін спору.

В Угоді між Урядом України та Бельгійсько-Люксембурзьким Економічним Союзом про взаємне заохочення і захист інвестицій у ч. 2 ст. 9 передбачено, що спір вирішуватиметься за наступною процедурою:

а) вирішення або арбітражне судочинство у Міжнародному Центрі для Вирішення Інвестиційних Спорів, заснованому відповідно до Конвенції про Вирішення Інвестиційних Спорів між Державами та Громадянами інших Держав, відкритої до підписання у Вашингтоні 18 березня 1965 року. У випадку арбітражного судочинства кожна Договірна Сторона, згідно з цією Угодою, погоджується на передачу такого спору до Центру та визнає арбітражне рішення остаточним навіть без наявності окремої арбітражної угоди між Договірною Стороною та інвестором. Ця згода містить відмову від вимоги того, що застосовані внутрішньодержавні адміністративні чи судові процедури були вичерпані; або б) передача до Арбітражного Трибуналу, що складається з трьох арбітрів, відповідно до арбітражних правил UNCITRAL з останнім доповненням, прийнятим обома Договірними Сторонами на момент подання вимоги про початок процедури арбітражу.

У випадку передачі спору до Арбітражного Трибуналу кожна Договірна Сторона, згідно з цією Угодою, погоджується на це навіть без наявності арбітражної угоди між Договірною Стороною та інвестором.

Арбітражне рішення згідно з п. 2а або п. 2б є остаточним та обов'язковим; воно виконуватиметься відповідно до чинного національного законодавства. Кожна Договірна Сторона забезпечує визнання та введення в дію рішення арбітражного суду згідно із своїми відповідними законами та правилами.

Договірна Сторона, яка є стороною спору, не буде на будь-якому етапі вирішення або арбітражного судочинства, або введення в дію арбітражного рішення висувати заперечення, що інвестор, який є іншою стороною спору, вже отримав гарантію щодо відшкодування всіх або деяких своїх збитків [11].

Цікаво врегульовано процедуру вирішення спорів у Договорі між Україною та США про заохочення та взаємний захист інвестицій [8]. Зокрема, згідно зі ст. 6 У випадку виникнення інвестиційного спору Сторони цього

спору відшукуватимуть рішення спочатку шляхом консультацій та переговорів. Ця ж стаття Угоди передбачає, що під час ведення будь-якої справи, що включає інвестиційний спір, Сторона не заявлятиме на свій захист або у вигляді зустрічного позову права на зарахування або іншим чином, що зацікавлені, громадянин або компанія, отримали або отримують, відповідно до страхового або гарантійного контракту, відшкодування або іншу компенсацію за всі заявлені втрати або за їх частину.

Отже, процедури врегулювання спорів у двосторонніх договорах про взаємний захист інвестицій передбачають різні варіанти їх вирішення, але завжди є наявна домовленість про можливість передачі спору на розгляд інвестиційного арбітражу.

Угоди в рамках СОТ

З 2008 року Україна стала членом та стороною укладених у рамках Світової організації торгівлі угод, однією з яких є Домовленість про правила та процедури вирішення спорів (Dispute Settlement Understanding) [61, с. 1]. Цікаво, що ця угода є додатком 2 до Угоди про заснування Світової організації торгівлі. Це означає, що ще під час створення цієї міжнародної організації її держави-учасниці мали на меті передбачити механізм вирішення можливих спорів. (тому цей додаток можна вважати особливою формою арбітражної угоди) З огляду на особливості розгляду та вирішення спорів у СОТ, варто порівняти цю процедуру з міжнародним комерційним арбітражем.

Так, рішення органів вирішення спорів СОТ за юридичною природою відрізняються від рішень національних та міжнародних судових органів. Важливим є строк у 20 днів для ознайомлення з матеріалами справи відповідно до ст. 7 Домовленості про правила та процедури вирішення спорів. Такий строк є більш, ніж достатній, оскільки він розпочинається з моменту формування панелі (груп експертів).

Фінальні звіти (таку назву мають остаточні рішення органу з вирішення суперечок в СОТ) містять рекомендації сторонам спору, остаточне затвердження й імплементація яких залежить, у кінцевому підсумку, від волі

членів СОТ. Єдиний механізм вирішення спорів СОТ застосовується до спорів між членами СОТ за усіма угодами СОТ (т. зв. covered agreements), серед яких Генеральна угода про тарифи і торгівлю (GATT) і Генеральна угода про торгівлю послугами (GATS). Групи експертів є першою інстанцією механізму вирішення спорів СОТ за встановленою DSU процедурою. Однак вони не є постійно діючими органами і створюються в кожному окремому випадку для розгляду конкретного спору. Підставою для створення групи експертів є рішення DSB, яке приймається на запит сторони-позивача. Група експертів складається, як правило, з трьох, у виняткових випадках – п'яти висококваліфікованих осіб, котрі можуть бути як державними службовцями, так і приватними особами, які мають відповідний досвід у сфері міжнародної торгівлі [29, с. 1]. Отже, вирішення спорів у СОТ має свою специфіку у юридичному статусі і складнощі в процесі прийняття фінальних reports (звітів), а також щодо їх виконання, яке залежить від членів СОТ.

Угода про асоціацію між Україною та ЄС

Після Революції гідності Угода про асоціацію між Україною та ЄС стала переламним етапом в українському суспільстві. Не оминув її текст і сферу міжнародного арбітражу. Зокрема, Угода передбачає два режими вирішення спорів. Перший – загальний рівень дипломатичних переговорів, за яким Рада асоціації (консультаційний орган) врегульовує спори за взаємною згодою. Орган представляє обидві сторони та, власне, існує для регулювання поточних чи проблемних питань між Україною та ЄС.

Спір вважається вирішеним, якщо Рада асоціації прийняла обов'язкове для виконання рішення про вирішення питання, як передбачено в пункті 3 статті 476 цієї Угоди, або коли заявлено, що спір вичерпано. Консультації щодо спору також можуть бути проведені у ході будь-якого засідання Комітету асоціації чи будь-якого іншого відповідного органу, зазначеного у статтях 461, 465 і 466 цієї Угоди, за погодженням між Сторонами чи за вимогою будь-якої зі Сторін. Консультації можуть також проводитися в письмовій формі [29, с. 4].

Угоди про зону вільної торгівлі

З моменту підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС в Україні поширилося обговорення практики її виконання у випадку приєднання України до ЄС та набуття статусу держави-члена. Зокрема, Україна та ЄС готуються винести розгляд суперечливих питань у двосторонній торгівлі на розгляд торговельного арбітражу, прописаного в Угоді про асоціацію.

Зараз такий арбітраж, зазначає Сергій Лахно, можливий щодо мораторію на експорт сумнозвісного лісу-кругляка – європейські представники наполягають на тому, що заборона у теперішньому вигляді порушує зобов'язання України в рамках зони вільної торгівлі (ЗВТ) між Україною та ЄС. [9, с. 1].

Процедура арбітражного процесу у ЗВТ з ЄС має 3 етапи: подання матеріалів сторонами процесу; розгляд та формування попередніх висновків (нагадує попередній судовий розгляд); слухання та формування фінального рішення. Апеляція не передбачена, тобто це може бути ще однією перевагою. Також строк розгляду справи у арбітражі ЗВТ – до 160 днів.

Отже, основною перевагою вирішення спорів у ЗВТ з ЄС є швидкість процесу.

Розглядаючи вирішення спорів у ЗВТ необхідно згадати про Договір про зону вільної торгівлі між державами-учасниками Співдружності Незалежних Держав, який також містить особливості врегулювання спорів [9].

Зокрема, у ст. 19 Договору зазначено, що у разі, коли одна із Сторін вважатиме, що інша Сторона не виконує своїх зобов'язань за цим Договором і таке невиконання зобов'язань завдає або загрожує завдати шкоди економічним інтересам першої Сторони, обидві Сторони проводять консультації з метою взаємоприйнятного вирішення розбіжностей, що виникли. У разі недосягнення згоди спір може, на вибір першої Сторони, бути переданий на вирішення Економічного Суду СНД, якщо обидві Сторони є учасниками Угоди про статус Економічного Суду Співдружності Незалежних Держав від 6 липня 1992 року, або комісії експертів відповідно до процедури вирішення спорів, передбаченої додатком 4 до цього Договору, що є його невід'ємною частиною.

Базовим нормативно-правовим актом, вказує дослідниця О. Гончаренко, є Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року № 4002-ХІІ, який виходить з корисності арбітражу (третейського суду) як методу, що широко застосовується для вирішення спорів, які виникають у сфері міжнародної торгівлі, і необхідності комплексного врегулювання міжнародного комерційного арбітражу в законодавчому порядку; враховує положення про такий арбітраж, які є в міжнародних договорах України, а також в типовому законі, прийнятому в 1985 році Комісією ООН з права міжнародної торгівлі. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» складається з восьми розділів [18].

Постанови Пленуму Верховного Суду України не відносяться до джерел права, однак відіграють важливу роль у розв'язанні комерційних спорів. У цьому зв'язку слід назвати Постанову Пленуму Верховного Суду України "Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України" від 24 грудня 1999 року № 12. Також варто наголосити, що з судовою реформою статус Верховного Суду був суттєво змінений, а Пленум по суті скасований.

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 07.02.2019 № 959-ХІІ

Важливим елементом аналізованої нами тематики є порядок розгляду спорів у зовнішньоекономічній діяльності. Зокрема, потрібно звернути увагу на статтю 34 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», де йдеться про відповідальність України як держави, а це прямо впливає на поняття імунітету.

Україна як держава несе майнову відповідальність у повному обсязі перед суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності за всі свої дії, що суперечать чинним законам України і спричиняють збитки (прямі, побічні), моральну шкоду цим суб'єктам та призводять до втрати ними вигоди, а також за інші свої дії, в тому числі й ті, які

регулюють зовнішньоекономічну діяльність і прямо не передбачені в цьому Законі, що спричиняють зазначені збитки (шкоду) та призводять до втрати вигоди, крім випадків, коли такі дії зумовлені неправомірними діями зазначених суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та іноземних суб'єктів господарської діяльності. Як бачимо у сфері зовнішньоекономічної діяльності Україна має особливий статус, несе повну майнову відповідальність, а тому складно говорити про наявність у неї імунітету. Україна як держава відповідає за дії всім своїм майном, а це означає, що будь-яке рухоме або нерухоме майно, яке належить до державної власності може бути предметом стягнення.

Також у вищезазначеному законі йдеться про дії державних органів та офіційних службових осіб цих органів, які вважаються діями України як держави в цілому. По суті фізична особа, яка наділена відповідними повноваженнями на виконання тих чи інших дій, виконуючи державну функцію, набувають статусу держави, яка несе за них відповідальність.

Україна як держава має право на відшкодування своїх збитків, що виникли у результаті задоволення зазначеного позову з боку державних органів та/або службових осіб за рахунок їх майна (відповідно балансового або власного).

Так, відповідно до ст. 38 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» спори, що виникають між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, іноземними суб'єктами господарської діяльності у процесі такої діяльності можуть розглядатися судами України, а також за згодою сторін спору Міжнародним комерційним арбітражним судом та Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України та іншими органами вирішення спору, якщо це не суперечить чинним законам України або передбачено міжнародними договорами України.

Ключовим є формулювання «можуть розглядатися», а не повинні розглядатися. Відповідно ми робимо висновок, що за згодою сторін може бути обране інше місце та спосіб вирішення спорів.

Стаття 39 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» передбачає можливість звернення і до судів. Згідно з положеннями цього

закону будь-який суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності або іноземний суб'єкт господарської діяльності має право подати позов до України як держави, що передбачає відсутність імунітету держави.

Україна як держава також має право на відшкодування своїх збитків, що виникли у результаті задоволення зазначеного позову з боку державних органів та/або службових осіб за рахунок їх майна (відповідно балансового або власного). Тобто інші сторони таких судових процесів також будуть мати аналогічний правовий статус, без імунітету, а це означає, що законодавець дотримався такого важливого процесуального принципу як рівність. Однак, на наш погляд, арбітраж та переговори є більш зрозумілою та зручною формою вирішення спорів для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності [35, с. 1].

Відповідно найкраще для сторін будь-якого зовнішньоекономічного договору безпосередньо під час його укладення додати арбітражне застереження або підписати окрему арбітражну угоду.

Отже, законодавство України у сфері зовнішньоекономічної діяльності має проарбітражну спрямованість та надає сторонам можливість ефективно врегулювати свій спір у МКАС чи МОК.

Угоди про розподіл продукції. Згідно з частиною 1 статті 4 Закону України «Про угоди про розподіл продукції» від 14 вересня 1999 року № 1039-XIV (далі – Закон України «Про угоди про розподіл продукції») відповідно до угоди про розподіл продукції одна сторона – Україна (далі – держава) доручає іншій стороні – інвестору на визначений строк проведення пошуку, розвідки та видобування корисних копалин на визначеній ділянці (ділянках) надр та ведення пов'язаних з угодою робіт, а інвестор зобов'язується виконати доручені роботи за свій рахунок і на свій ризик з наступною компенсацією витрат і отриманням плати (винагороди) у вигляді частини прибуткової продукції.

Отже, існує необхідність вдосконалення регулювання сфери угоди про розподіл продукції у законодавстві України з метою підвищення прозорості та відкритості цієї процедури, зокрема із застосування системи ProZorro.

РОЗДІЛ 2

ПРАКТИКА ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ЗА УЧАСТЮ ДЕРЖАВИ

2.1. Вирішення спорів в інституційних арбітражах

Міжнародний арбітраж став поширеним методом врегулювання спорів на межі XIX-XX ст. Вже на той час існували провідні арбітражні інституції, однак сучасне сприйняття права, його глобалізація та модернізація сприяли розвитку арбітражу, а також регламенту роботи таких інституцій (наприклад, Міжнародний арбітражний суд при Міжнародній торговій палаті, Міжнародний центр з вирішення інвестиційних суперечок, Стокгольмський арбітражний інститут, Лондонський суд міжнародного арбітражу, Міжнародні комерційні арбітражні суди при Торгово-промислових палатах європейських країн) або їх регіональних центрів (Каїрський регіональний центр міжнародного арбітражу).

Міжнародні арбітражні інституції можна поділити на загальні (про які вже згадано на початку цього підрозділу) та спеціалізовані (наприклад, Японський морський арбітраж у Токіо, Морський третейський суд у Гамбурзі, Арбітражний суд при Асоціації торгівлі зерном і кормами (ГАФТА), арбітражний суд при Федерації з торгівлі вовною в Гдині, Арбітражний суд при Федерації торгівлі олійними культурами й жирами (FOSFA), Міжнародна асоціація інженерів-консультантів (FIDIC) та інші [66, 67, 68 с. 1].

Цікаво, що комерційні спори у спорті вирішуються окремою інституцією, саме для цього був створений Спортивний арбітражний суд (Court of Arbitration for Sport, CAS) – це незалежний від будь-якої спортивної організації міжнародний арбітражний орган, що вирішує спори, пов'язані зі спортом. Штаб-квартира суду розташована в Лозанні, Швейцарія. Крім того, є окремі підрозділи суду в Нью-Йорку та Сіднеї [69, с. 1].

Комерційні спори виникають з договірних, контрактних відносин між клубами, між клубами та спортсменами, спортивними агентами, з приводу трансферної діяльності, угод щодо передачі телевізійних та інших медіа-прав тощо.

В інституційних арбітражах переважно є спеціальний орган (найчастіше Секретаріат), який відповідає за організацію процедури арбітражу. Якщо сторони арбітражної угоди вирішили у разі виникнення спору передати його на вирішення конкретного інституційного арбітражу, то для процесу буде застосований відповідно і регламент цієї інституції. Наприклад, якщо це London Court of International Arbitration, то застосовним буде LCIA Arbitration Rules. Однак у кожному окремому випадку потрібно враховувати деталі, адже існує дві редакції такого регламенту – 1998 та 2014 рр. [63, с. 1].

Регламенти інституційних арбітражів є надзвичайно важливим джерелом правового регулювання їх діяльності, оскільки в регламентах визначається компетенція арбітражної установи, процедура арбітражного розгляду: порядок порушення арбітражного провадження, вимоги до позовної заяви і наслідки порушення встановлених вимог, порядок формування складу арбітрів: кількість арбітрів, призначення і відвід арбітрів, місце арбітражу, мова арбітражного провадження, строк розгляду справи, обрання застосованого права, правила ведення арбітражного розгляду справи, порядок надання доказів у справі, порядок винесення арбітражного рішення, підстави припинення арбітражного розгляду, розмір і порядок сплати арбітражного збору, розподіл арбітражних витрат [31].

В інституційному арбітражі установа бере на себе вирішення процедурних питань, починаючи від надсилання сторонам кореспонденції, надання послуг перекладачів, приміщень для слухань справи, організації проведення експертиз, встановлення обставин невручення сторонам (насамперед, відповідачеві) кореспонденції, надання сприяння у формуванні складу арбітрів і в інших питаннях, котрі можуть виникнути в ході слухання справи. При інституційному арбітражі сторонам заздалегідь відомі розміри арбітражного збору, процесуальні терміни й інша інформація, що стосується проведення арбітражного розгляду, і яка є обов'язковою як для сторін, так і для арбітрів. Арбітражний інститут, зазначають фахівці з арбітражу, фактично поширює свій авторитет на дотримання його регламенту сторонами й арбітрами, установлює

певні норми в оцінці процесуальних обставин, наприклад, щодо поводження складу арбітрів у разі неявки сторони або неврученні їй кореспонденції. Дія цього авторитету поширюється і на статус рішення арбітрів, підсилюючи як імовірність його добровільного виконання, так і приведення його до примусового виконання [25, с. 2].

В цьому контексті, варто згадати, що в Арбітражному інституті Торговельної палати Стокгольма завершилися усні слухання по спору «Нафтогазу» і «Газпрому» за контрактом купівлі-продажу газу від 2009 року. Зрозуміло, що незалежно від рішення будь-яка із сторін може ухилитися від добровільного його виконання. У ситуації з арбітражем, коли заарештували літаки «Антонов», канадська суддя, описуючи, чому вона це зробила, мотивувала це поетично: якщо держава Україна – це троянда, то ФГІУ – це бутон цієї троянди, а «Антонов» – це запах цієї троянди. Тобто прямо прив'язували концепцію, що це єдиний власник, єдиний актив і хоч і використовується ускладнена структура, держпідприємство однаково може відповідати по боргах держави. У відношенні «Газпрому» цю концепцію буде застосувати складніше, тому що це акціонерне товариство і там є інші акціонери, які навряд чи повинні відповідати [41, с. 1].

Для ефективного аналізу практики вирішення спорів в інституційних арбітражах ми проаналізували найцікавіші, на наш погляд, справи за участю українських сторін, які систематизували у вигляді судової практики, пов'язаної з міжнародним комерційним арбітражем, у додатку №1.

15 грудня 2017 року почали діяти зміни до Цивільного процесуального кодексу України та Господарського процесуального кодексу України, а 1 січня 2018 набули чинності нові Арбітражні регламенти Міжнародного комерційного арбітражного суду (ICAC) і Морської арбітражної комісії (UMAC) при Торгово-промисловій палаті України. Враховуючи виклики сьогодення, вдосконалено процедуру арбітражного провадження, що, передусім, має велике значення під час розгляду складних справ:

1) передбачено можливість проведення організаційних нарад і встановлення процесуальних графіків розгляду справ, фіксації усного слухання справи та використання он-лайн технологій;

2) введено положення, які стосуються забезпечувальних заходів: передбачено порядок прийняття забезпечувальних заходів, їх зміни та скасування, а також встановлено зустрічне зобов'язання, метою якого є покриття можливих збитків іншої сторони при застосуванні забезпечувальних заходів;

3) деталізовано положення, що стосуються правил доказування;

4) іншим чином визначається дата винесення рішення, якою тепер є не дата усного слухання справи, як це було раніше, а дата, яка визначається з урахуванням останнього підпису арбітра на арбітражному рішенні.

Крім того, введена обов'язкова перевірка проекту арбітражного рішення Генеральним секретарем ICAC на його відповідність положенням Регламенту. У Регламенті також з'явилися нововведення: нова процедура арбітражного розгляду – прискорений арбітражний розгляд, при якому значно зменшуються строк розгляду справи (до 2 місяців) і арбітражні витрати (на 20 %), передбачено статтю, присвячену правонаступництву, в якій визначено випадки, коли правонаступництво допускається та умови залучення правонаступника, іншим чином врегульовано порядок визначення кількісного складу арбітрів у випадку, коли сторони це питання не визначили у своїй арбітражній угоді. Зокрема, згідно з новим правилом, Голова ICAC має право з урахуванням складності справи, ціни позову та інших обставин передати спір на розгляд одноособовому арбітру. Це нововведення також дозволяє зменшити час арбітражного розгляду та арбітражні витрати на 20% [23, с. 25].

Серед чинників, які вирізняють користувачі послуг ICAC, головними є:

- низька вартість арбітражного розгляду, яка в середньому в 3-4 рази конкурентніша, ніж в арбітражних інституціях Центральної та Західної Європи;
- швидкість арбітражного розгляду;
- виконуваність арбітражних рішень;

- наявність у Рекомендаційному списку арбітрів з 33 країн світу, які є рекомендованими в сфері арбітражу авторитетними міжнародними рейтингами Chambers & Partners та Legal 500 і здатними розглядати спори будь-якої складності;

- високий рівень підтримки сторін процесу та арбітрів з боку Секретаріату ICAC [37, с. 1-16].

Угода про асоціацію України з ЄС передбачала частину змін у процесуальне законодавство України в контексті судової реформи. У новій редакції Господарського процесуального кодексу України, наприклад, праву сторін передавати спори на розгляд третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу присвячено окрему статтю 22, яка застосовується і до третейських судів, і до міжнародного комерційного арбітражу. Вочевидь, такий підхід до структурування цієї норми поставить крапку в дискусії про те, чи охоплює в контексті арбітрабельності поняття третейського суду також і міжнародний комерційний арбітраж.

Так, частиною першою ст. 22 нової редакції Господарського процесуального кодексу України закріплено, що спір, який відноситься до юрисдикції господарського суду, може бути переданий сторонами на розгляд третейського суду та міжнародного комерційного арбітражу. Це означає, що спори, що виникають у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності, включаючи спори, поійменовані в ст. 20 нової редакції Господарського процесуального кодексу України, і спори, не поійменовані у цій статті, але такі, що мають цивільно-правовий або господарсько-правовий (комерційний – у термінології Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») характер, потенційно можуть бути предметом арбітражного розгляду з огляду на положення господарського процесуального законодавства.

Згідно із загальним правилом для того щоб остаточно встановити, чи підлягає спір арбітражному розгляду, слід переконатися у відсутності прямої законодавчої заборони на передачу відповідної категорії спору до арбітражу. У новій редакції Господарського процесуального кодексу України така заборона

міститься в частині першій ст. 22, де визначено категорії спорів, що не можуть бути передані на розгляд третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу (тобто неарбітрабельні спори) [13].

При швидкому перегляді, порівнюючи чинну та нову редакцію аналізованої ст. 22, можна зробити висновок, що в новій редакції суттєво розширено коло неарбітрабельних спорів з можливістю доповнювати цей перелік іншими законами. Для загального уявлення щодо категорій неарбітрабельних спорів згідно з новою редакцією Господарського процесуального кодексу України пропонуємо їх систематизувати таким чином:

(1) корпоративні спори (тобто спори між учасниками юридичної особи або між юридичною особою та його учасником, у тому числі вибулим учасником, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи);

(2) похідні спори про відшкодування збитків, завданих юридичній особі діями (бездіяльністю) посадової особи за позовом власника (учасника) такої юридичної особи, поданим у його інтересах;

(3) спори щодо державної реєстрації або обліку прав на цінні папери;

(4) спори щодо визнання недійсними актів, а також спори стосовно оскарження актів (рішень) господарюючих суб'єктів та їх органів, посадових і службових осіб у сфері організації та здійснення господарської діяльності;

(5) спори щодо державної реєстрації чи обліку прав на нерухоме майно, а також спори щодо вимог щодо реєстрації майна та майнових прав, здійснення інших реєстраційних дій, визнання недійсними актів, що порушують права на майно (майнові права), якщо такі вимоги є похідними від спору стосовно такого майна або майнових прав або корпоративного спору;

(7) деякі категорії спорів щодо права інтелектуальної власності (наприклад, спори щодо збирання, розголошення та використання комерційної таємниці, спори щодо реєстрації й обліку прав інтелектуальної власності, спори щодо дії патентів і свідоцтв, визнання торговельної марки добре відомою тощо);

(8) спори щодо приватизації майна, а також спори щодо укладення, зміни, розірвання та виконання договорів про публічні закупівлі;

(9) спори, що виникають із відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захистом від недобросовісної конкуренції, у тому числі спори щодо оскарження рішень Антимонопольного комітету України та справи за заявами органів Антимонопольного комітету України;

(10) спори в справах про банкрутство та справах з майновими вимогами до боржника, щодо якого відкрито провадження в справі про банкрутство (наприклад, спори про визнання недійсними договорів, укладених боржником, у тому числі за позовом контролюючого органу), а також справах за заявами про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження в справі про банкрутство;

(11) спори щодо оскарження рішень третейських судів і видачі наказу на примусове виконання рішень третейських судів, створених згідно із Законом України «Про третейські суди» [20].

Питання арбітрабельності корпоративних спорів є одним із найбільш дискутованих. У ст. 22 нової редакції Господарського процесуального кодексу України було збережено підхід щодо неарбітрабельності цієї категорії справ. Однак цією самою статтею закріплено правову можливість передати корпоративний спір на вирішення міжнародного комерційного арбітражу за умови укладення відповідної арбітражної угоди між юридичною особою й усіма її учасниками. Слід зазначити, що існуюче законодавство не містить вказівок на те, чи має така угода бути викладена у форматі окремого договору або ж її може бути інкорпоровано до статуту товариства [13].

Цікаво, що Всесвітня організація з інтелектуальної власності також має Центр з арбітражу та посередництва. Переважна більшість спорів у цій інституції стосується використання доменів, а тому можна говорити і про наявність комерційного характеру у відносинах між сторонами такого арбітражного процесу.

В даному випадку варто говорити про особливу форму арбітражної угоди, яка укладається у формі згоди власника домену, яку він дає при його реєстрації. Тобто, звертаючись за реєстрацією домену, його майбутній власник підписує реєстраційну угоду, яка в безумовному порядку передбачає розгляд суперечок по домену через арбітражну процедуру. Називається ця процедура Єдина політика розв'язання доменних спорів (UDRP).

В даний час процедура UDRP поширюється, зокрема, на загальні домени верхнього рівня gTLD – наприклад, .com, .net, .org, .biz, .info, .pro, .cat, aero, .asia, .coop, .jobs, .mobi, .museum, .name, .tel, .travel. Також процедура UDRP покриває значну частину національних доменів верхнього рівня – наприклад, .fr (Франція), .nl (Голландія), .ch (Швейцарія), .au (Австралія), .cy (Кіпр), .eu (Європейський союз), .pl (Польща) та т.. На жаль, поки до українських доменів така процедура не застосовувалась, але сподіваємось, що це відбудеться у найближчому майбутньому [13, с.3].

Отже, саме інституційний арбітраж може забезпечити ефективність та швидкість арбітражного процесу, звільнивши сторін від зайвих адміністративно-організаційних та технічних проблем. В той же час цей вид арбітражу може не завжди задовольняти інтереси та індивідуальні потреби сторін, які, наприклад, мають бажання створити власний регламент свого арбітражного процесу.

2.2. Вирішення спорів в арбітражах ad hoc

Арбітраж ad hoc (або разовий арбітраж) є іншим унікальним видом арбітражного процесу, який використовується сторонами без прив'язки до конкретної установи, її регламенту чи правил.

Процедура арбітражного розгляду ad hoc може бути або повністю погоджена сторонами, або її наступне визначення може передаватися на розсуд складу арбітрів, про утворення якого є домовленість між сторонами, або в арбітражній угоді може робитися посилання на загальновідомі або

загальноприйняті правила арбітражу ad hoc, зокрема на Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ.

Арбітраж ad hoc, таким чином, являє собою самоврядний процес розгляду однієї конкретної справи, що припиняється її остаточним розглядом і не існує як постійна можливість застосування, доки не буде узгоджений між сторонами як такий. Регламенти арбітражних інститутів, також як і Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ, є практично апробованими і перевіреними часом правилами процедури, що містять положення щодо різних можливих процесуальних ситуацій, які можуть виникнути під час арбітражного розгляду. Це дає сторонам можливість передбачати і прогнозувати процес загалом, а усвідомлення процедур, що очікують, як правило, надає більше впевненості і довіри до арбітражу, сприяє добровільному виконанню його рішення. В арбітражі ad hoc у разі виникнення процедурних проблем, у тому випадку, коли склад арбітражу ще не сформований, зацікавлена в ефективному арбітражному розгляді сторона, якою частіше є тільки позивач, змушена звертатися за сприянням до відповідного компетентного органу, яким у силу законодавства багатьох європейських країн є національний державний суд за місцем арбітражу [23, с. 10].

Для арбітражу ad hoc принциповим питанням є формування складу арбітрів, якщо яка-небудь зі сторін (а це знову, як правило, відповідач) ухиляється від призначення арбітра, а компетентний орган заздалегідь погоджений сторонами не був. У цьому випадку компетентний орган визначається або на підставі положень Європейської Конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, або на підставі Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ (якщо його застосування погоджено сторонами), або на підставі положень застосовного процесуального права *lex arbitri* (для України – це Закон “Про міжнародний комерційний арбітраж”) [27, с. 2]. Ефективність арбітражу ad hoc прямо залежить від ступеня співробітництва між сторонами і розвиненості відповідної правової системи (законодавства) місця арбітражу.

Іноді навіть йдеться про наявність і розвиненість інфраструктури арбітражу ad hoc [50, с. 1].

Дуже багато спорів з'явилося у зв'язку з анексією Російською Федерацією Криму.

Справами щодо націоналізації та експропріації майна в Криму, які розглядаються арбітражними судами ad hoc, створеними відповідно до Арбітражного регламенту Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL) та фінансуються Постійним третейським судом є такі: Aeroport Belbek LLC and Mr Kolomoisky, LLC Lugzor, Stabil LLC, JSC Oschadbank, PJSC Ukrnafta v The Russian Federation, а також багато інших.

В поданні до арбітражного суду в Гаазі Коломойський вимагав у Росії відшкодувати йому збитки, які той зазнав через втрату контролю над аеропортом «Бельбек» через анексію Криму. Арбітраж визнав юрисдикцію позову та те, що Коломойський має право на отримання відшкодування.

Також Гаазький арбітраж у ще одній справі зобов'язав Російську Федерацію відшкодувати низці українських компаній збитки за анексію Криму. Зокрема, мова йшла про суму у 159 мільйонів доларів. Росію визнали відповідальною за порушення прав українських інвесторів, починаючи з 21 березня 2014 року, коли Володимир Путін підписав указ про анексію Криму. Позов проти Росії подавали 18 українських компаній, а також одна фізична особа. 12 вересня 2018 року Київський апеляційний суд наклав арешт на акції українських «дочок» російських банків «ВТБ», «Промінвестбанк» та «Сбербанк» для виконання рішення Гаазького арбітражу за позовом колишнього голови «ПриватБанку» та інших українських компаній, що втратили активи внаслідок анексії Криму.

Важливою перемогою для України стало те, що 12 квітня 2019 року арбітражний суд ухвалив рішення стягнути з Російської Федерації на користь ПАТ "Укрнафта" 44,4 мільйона доларів компенсації за експропріацію майна компанії в анексованому Криму. Українська компанія передала спір на розгляд до арбітражного суду ad hoc відповідно до Арбітражного регламенту Комісії

Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), який визнав свою юрисдикцію у справі. Російська Федерація оскаржила зазначене рішення до Верховного Суду Швейцарії, але останній рішенням від 16 жовтня 2018 року суд відхилив позов Російської Федерації. При цьому Верховний Суд Швейцарії погодився з арбітражним судом у тому, що ПАТ "Укрнафта" є інвестором за угодою, а майно ПАТ "Укрнафта" на території АР Крим — інвестиціями.

Така ж ситуація була з арбітражем ТОВ «Стабіль» проти РФ, де було оскаржено юрисдикцію, однак також невдало.

Отже, ситуація з анексією Криму сприяла утворенню нових прецедентів щодо захисту Україною та її юридичними особами свого майна, власності та прав.

В арбітражі *ad hoc* усі адміністративні проблеми щодо проведення арбітражного розгляду повністю покладаються на сторони та арбітрів – з моменту їх призначення. В той же час сторони можуть облегшити цей процес, обравши регламент, призначений для використання в арбітражі *ad hoc*. Хоча жодна з арбітражних установ не бере участі в арбітражному розгляді, можна визначити нейтральну сторону, відому як «інстанція, що здійснює призначення», для призначення арбітрів та ведення переговорів з можливими кандидатурами у випадку, якщо сторони не зможуть дійти згоди з цього питання.

Таким чином, обрання регламенту важко відокремити від вибору виду арбітражу та конкретизації такого вибору, хоча можливо визначити особливості процедури розгляду справи. Дуже бажано використовувати типові застереження, рекомендовані відповідним регламентом. Обрання недостатньо авторитетного арбітражу тягне ризик неякісного арбітражного розгляду справи. Так, нещодавно, а саме 28 червня 2018 року, Верховний суд Кіпру скасував арбітражне рішення, оскільки встановив відсутність об'єктивності та безсторонності арбітра. Справа *Aristos Michael et al v SPE Stroumpiou* (Civil Appeal 190/12) [56, с. 1-2].

Справді наявність будь-яких упереджень з боку арбітра може мати вкрай негативні наслідки, існує навіть жовтий (попереджувальний) та червоний списки арбітрів.

Отже, процедура арбітражу ad hoc може бути ефективною, коли сторони прагнуть самостійно регулювати адміністративні питання, створити власний регламент, а також пришвидшити процедуру вирішення спорів.

Також важливо підсумувати, що арбітраж ad hoc є дешевший, ніж інституційний арбітраж, оскільки в такому випадку немає інституціонального секретаріату платити. Самим арбітрам (або секретарю, призначеному ними) необхідно буде виконувати основні адміністративні функції, які можуть викликати ті ж витрати, або більше, ніж ті, арбітражної установи. Крім того, будуть судові витрати при визнанні та виконанні рішення арбітражу.

2.3. Вирішення спорів у Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів

Вашингтонською Конвенцією 1965 року було створено Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів (далі – «МЦБІС» або «ICSID» – International Centre for Settlement of Investment Disputes) з постійним місцем розташування у Вашингтоні. ICSID розглядає спори у порядку інвестиційного арбітражу [53, с. 80].

Виключною компетенцією ICSID є розгляд та вирішення інвестиційних спорів, які виникають між інвестором та урядом відповідної країни щодо процесу інвестування.

Вашингтонська конвенція «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» від 18 березня 1965 року вперше встановила універсальний міжнародно-правовий засіб вирішення такої категорії спорів. Для приведення в дію механізму, встановленого цією конвенцією, не потрібно ні наявності системи страхування іноземних інвестицій, ні укладення двосторонніх міжнародних угод про їх захист. Взяття участі в конвенції дає можливість прийняти передбачену нею процедуру

вирішення спорів у будь-коли, коли йдеться про іноземні приватні інвестиції і коли сторонами в спорі виступають держави та іноземна особа [49, с. 84-86].

Членом ICSID може стати будь-який член Міжнародного банку реконструкцій та розвитку. Місцезнаходженням Центру є штаб-квартира Міжнародного банку реконструкції та розвитку. Місцезнаходження МЦВІС може бути змінено згідно рішення Адміністративної ради, схваленого двома третинами голосів його членів. ICSID має повну міжнародно-правову правоздатність, яка включає в себе право укладати договори, набувати та володіти рухомим та нерухомим майном, встановлювати порядок здійснення процесуальних дій. Згода сторін про передачу ICSID спору для вирішення методом арбітражу, згідно Конвенції, означає, якщо не передбачено іншого, обов'язковість такої згоди та відмову від використання інших засобів вирішення спорів. Будь-яка Договірна держава відповідно до ст. 26 вправі вимагати попереднього звернення до національних адміністративних або судових засобів вирішення спорів в якості умови згоди про передачу спору для арбітражного розгляду.

Важливою умовою Конвенції є передбачене в ст. 27 правило, за яким жодна з держав-учасниць не надаватиме дипломатичного захисту або не висуватиме претензії, якщо інша держава не виконає рішення Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів. Відповідно до п. 1 ст. 27 Конвенції держава-учасниця може вжити тих чи інших заходів в інтересах свого інвестора, справа якого розглядається у Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів і, тільки після прийняття рішення в конкретній справі й тільки у випадку, якщо протилежна сторона відмовилася виконувати арбітражне рішення. Згідно із ст. 42 Конвенції Арбітраж розглядає спір, згідно норм права, відповідно до згоди сторін. У випадку відсутності згоди сторін Арбітраж застосовує право Договірної держави, що виступає як сторона в спорі, а також норми міжнародного права, які можуть бути застосовані. Відповідно до п. 2 ст. 25 цієї Конвенції учасником спору може бути юридична особа іншої держави, ніж держава – учасник спору, а також будь-яка юридична

особа, яка має національність держави, що домовляється, сторони спору, але яку сторони домовились уважати суб'єктом національного права іншої договірної держави, через існуючий іноземний контроль [22].

Суттєву умову містить ст. 42: арбітраж розглядає спір, згідно з нормами права, відповідно до згоди сторін. У разі відсутності згоди сторін арбітраж застосовує право Договірної держави, що виступає як сторона в спорі, а також норми міжнародного права, які можуть бути застосовані. Арбітраж не вправі приймати невизначені рішення (рішення *non liquet*), посилаючись на відсутність або неясність правових норм. По-п'яте, ст. 53 встановлює, що рішення арбітражу є зобов'язуючим для сторін і не підлягає апеляції або іншому способу оскарження, за винятком тих, які передбачені в цій Конвенції. Кожна зі сторін зобов'язана підкоритись та здійснювати дії, що відповідають вимогам рішення арбітражу, за винятком випадків, коли виконання рішення було призупинено відповідно до положень даної Конвенції [40, с. 211-215].

Також відповідно до ч.1 ст.14 особи, включені до списків, повинні мати високі моральні якості, достатню компетентність в галузі права, комерції, економіки або фінансів для того, щоб бути в змозі приймати належні рішення. При включенні до списків арбітрів особливе значення надається компетентності такої особи в галузі права.

Таке положення можна вважати доречним, адже ICSID належить до спеціалізованих арбітражних судів, а тому окрім права вимагає знань та досвіду у інших галузях.

Трапляються випадки, коли ICSID повторно розглядає інвестиційні спори через порушення першочергового рішення Арбітражу. Саме так склалося у справі *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine* у 2000 р. сторони дійшли мирової, яка не передбачала грошову компенсацію позивачу, за цією угодою Україні мала максимально сприяти наданню ліцензії на радіомовлення «Гала Радіо» в певних містах України, а також запропонувати 3 місця на основах оренди для відкриття салонів краси. У справі *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine II* порушеної пізніше у 2006 р. позивач скаржився на невиконання мирової угоди укладеної у 2000 р.,

про систематичне перешкоджання роботі радіокомпанії, шляхом проведення позапланових перевірок, а також порушення Україною двосторонньої угоди про захист інвестицій або Bilateral Investment Treaty (далі – BIT) між Україною і США (нагадаю, що Джозеф Лемір є громадянином США).

ICSID виніс рішення яким зобов'язав Україну виплатити компенсацію за порушення BIT та компенсацію понесених в процесі розгляду в Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів витрат. Разом сума склала майже 10 млн доларів США. Україна намагалася анулювати це рішення, але Арбітраж залишив його в силі [74]. Дослідниця, проаналізувавши рішення МЦВІС проти України робить висновок, що з одного боку практика показує певну успішність України як відповідача, а з іншого боку сама наявність цих справ демонструє не надто здоровий інвестиційний клімат в Україні. На наш погляд, така ситуація спричинена необхідністю вдосконалення українського законодавства у сфері інвестування, зокрема, Закону України «Про інвестиційну діяльність», Закон України «Про захист іноземних інвестицій на Україні», Закон України «Про режим іноземного інвестування». Про це йдеться також і в Роз'ясненні Міністерства юстиції України від 08.05.2012 [24, с. 1].

Цікаво, що відповідно до п. 1 ст. 32 Вашингтонської Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземцями передбачена можливість, коли арбітраж може самостійно прийняти рішення про свою компетенцію у вирішенні спору. Оскарження компетенції однією зі сторін є потенційно можливим, однак це питання фінально згідно з п. 2 ст. 32 вирішується безпосередньо арбітрами.

Варто, на наш погляд, зауважити, що інвестиційні спори завжди будуть мати відповідну специфіку через участь держави як однієї із сторін процесу.

У Конвенції, крім процедури арбітражу, передбачена процедура примирення. Основною особливістю цієї процедури є з'ясування обставин, з приводу яких між сторонами виник спір, та докладання всіх зусиль для прийняття взаємоприйняттого для сторін рішення. З цією метою Комісія, яка формується для розгляду спору, має право на будь-якій стадії розгляду спору та час від часу

пропонувати сторонам умови, на яких спір може бути врегульований. Сторони зобов'язані добросовісно співпрацювати з Комісією, для того щоб Комісія могла виконувати покладені на неї функції, і серйозно ставитись до рекомендацій Комісії [32, с. 35-37].

Отже, Конвенція ICSID була створена з метою регулювання інвестиційних спорів та порядку їх вирішення, вона регулює основні моменти щодо початку арбітражу, його складу, процедурних етапів. На жаль, ця Конвенція не передбачає процедури примусового виконання рішення арбітражу, а імунітет держави як сторони процесу створює додаткові проблеми.

Науковці Кембриджського університету у своїй статті також розглядають правила державного імунітету в контексті зростання кількості фондів та їх постійно зростаючого значення транскордонної комерційної діяльності після останньої світової фінансової кризи [64, с. 1]. Концепція суверенітету та його правил залишається у бурхливому стані, тоді як нові суб'єкти, такі як суверенні фонди, беруть участь у глобальній комерційній діяльності не прозоро і політично мотивовано.

Відповідно, держави можуть переслідувати стратегічні зовнішньополітичні цілі за допомогою цих нових інвестиційних озброєнь нетрадиційним способом, тим самим глибоко залучаючи політико-економічну арену і спотворюючи існуючі концепції міжнародного права. Ця стаття стверджує, що існує велика прогалина в міжнародному праві, в якій суверенні фонди досягли рівня комерційної діяльності, а також виконують державні функції, які традиційно пов'язані з державами (*acti jureimperii*). Доктрина обмежувального імунітету стала сумнівною, і більшість рішень місцевих судів не дають їй чіткого тлумачення. У зв'язку з цим обговорюються три взаємопов'язані перспективи стосовно економік, що розвиваються, таких як Китай: 1) принцип імунітету; 2) принцип суверенітету; 3) баланс сил між цими правовими засадами в умовах глобалізації. (переклад здійснено мною, Когут О.) [71, с. 1].

Конвенція ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх майна є дуже важливим елементом в контексті досліджуваної нами тематики, однак

зазначаємо, що для України вона так і не набрала юридичної сили, тому не є частиною українського законодавства [29, с. 1].

Беручи до уваги, що юрисдикційні імунітети держав та їх власність загальноприйняті як принцип звичайного міжнародного права, маючи на увазі принципи міжнародного права, закріплені в Статуті Організації Об'єднаних Націй, вважаючи, що міжнародна конвенція про юрисдикційні імунітети держав та їхню власність сприятиме зміцненню верховенства права та правової визначеності, особливо у відносинах держав з фізичними або юридичними особами, і сприятиме кодифікації та розвитку міжнародного права та гармонізації практика в цій сфері. Також беручи до уваги розвиток державної практики щодо юрисдикційних імунітетів держав та їхньої власності, підтверджуючи, що норми міжнародного звичайного права продовжують регулювати питання, які не регулюються положеннями цієї Конвенції, було прийнято у 2004 році Конвенцію ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх майна (переклад здійснено мною Когут О.).

Ця Конвенція за юридичною природою є першим сучасним багатостороннім інструментом для формулювання комплексного підходу до питань державного чи суверенного імунітету від позовів у іноземних судах. Зокрема, вона охоплює так звану обмежувальну теорію суверенного імунітету, згідно з якою уряди підлягають, по суті, тим самим юрисдикційним правилам, що й приватні суб'єкти господарювання щодо їх комерційних угод. Конвенція була відкрита для підписання 17 січня 2005 року (коли Австрія та Марокко стали першими державами, які підписали).

Отже, інвестиційний арбітраж є особливою формою арбітражу зі специфічними сторонами. Його публічний характер в той же час передбачає рівність сторін, а також дотримання інших основоположних принципів вирішення спорів арбітражним способом. Важливо, що дуже часто виникає необхідність визнання та примусового виконання рішення інвестиційного арбітражу через відмову від добровільного виконання з боку держави.

Необхідно закріпити у міжнародних нормах можливість примусового виконання державою рішення в інвестиційних спорах або додати штрафи чи інші негативні наслідки у випадку відмови від добровільного виконання.

ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

На підставі проведеного дослідження особливостей держави як учасниці міжнародного комерційного арбітражу варто виокремити такі

ВИСНОВКИ:

1. Імунітет держави – це міжнародно-правовий інститут, який полягає в наданні особливого правового статусу держави для унеможливлення різних видів стягнень, посягань або втручання на її територію, майно, процесуальні дії та бездіяльність щодо неї чи її представництв будь-якими органами влади інших держав.
2. Будь-яка суверенна держава на сучасному етапі користується захистом державного імунітету. Це означає, що майно іноземної держави не може піддаватися заходам примусового характеру (накладенню арешту), воно не може бути предметом забезпечення позову і звернення стягнення на майно в порядку примусового виконання судового або арбітражного рішення.
3. Для відмови від імунітету (зокрема, судового) потрібна чітко висловлена згода компетентних органів іноземної держави на залучення такої держави до участі в конкретному судовому процесі, а також застосування судових заходів проти держави та її майна, якщо таке майно знаходиться, наприклад, на території України. Це впливає на можливість залучення держави до арбітражного процесу, з одного боку, захищає державу від протиправних посягань чи примусових заходів, а з іншого боку може створювати потенційні перешкоди для іншої сторони-учасника арбітражного процесу.
4. Найкраще для сторін будь-якого зовнішньоекономічного договору (особливо за участю держави) безпосередньо під час його укладення додати арбітражне застереження або підписати окрему арбітражну угоду. Так, законодавство України у сфері зовнішньоекономічної діяльності має про арбітражну спрямованість та дає сторонам можливість ефективно врегулювати свій спір у МКАС чи МОК.

5. Варто зазначити про гарантії більшості досліджуваних нами інвестиційних договорів: національний режим найбільшого сприяння (MFN), забезпечення захисту й безпеки інвестування, компенсації в разі експропріації.

Наявність так званого «umbrella clause» («положення парасольки»), відповідно до якого права, що отримує інвестор за контрактом із державою, автоматично включаються до прав, передбачених двосторонньою інвестиційною угодою.

6. Інституційний арбітраж може забезпечити ефективність та швидкість арбітражного процесу, звільнивши сторін від зайвих адміністративних, організаційних та технічних проблем. Часто за участю держав цей процес є оптимальним варіантом, оскільки арбітражна інституція повністю забезпечує організаційний процес. В той же час цей вид арбітражу може не завжди задовольняти інтереси та індивідуальні потреби сторін, які, наприклад, мають бажання створити власний регламент свого арбітражного процесу.

7. В арбітражі ad hoc усі адміністративні проблеми щодо проведення арбітражного розгляду повністю покладаються на сторони та арбітрів – з моменту їх призначення. В той же час сторони можуть облегшити цей процес, обравши регламент, призначений для використання в арбітражі ad hoc. У випадку небажання залучення інституцій до арбітражного процесу, а також, зважаючи на потенційну наявність секретної інформації або державної таємниці, такий процес також може мати місце.

Інвестиційний арбітраж є особливою формою арбітражу зі специфічними сторонами, однією з яких завжди є держава. Його публічний характер в той же час передбачає рівність сторін, а також дотримання інших основоположних принципів вирішення спорів арбітражним способом. Важливо, що дуже часто виникає необхідність визнання та примусового виконання рішення інвестиційного арбітражу через відмову від

добровільного виконання з боку держави. Необхідно закріпити у міжнародних нормах можливість примусового виконання державою рішення в інвестиційних спорах або додати штрафи чи інші негативні наслідки у випадку відмови від добровільного виконання.

9. Держава має право не погодитися із рішенням арбітражу, а як наслідок – не виконувати його добровільно. Це суттєво обмежує іншу сторону, а також змушує шукати інші альтернативні способи виконання арбітражного рішення. Наприклад, інвестор повинен розшуковувати державне майно і звертатися із заявою про визнання та приведення у виконання рішення іноземного арбітражу в різні юрисдикції, щоб отримати можливість звернути стягнення на майно, але гарантувати успішне завершення цього процесу ніхто не може.

Проаналізувавши судову практику у сфері міжнародного арбітражу варто зазначити про відповідні **пропозиції до законодавства, серед яких визначили такі:**

1. Потрібно розширити поняття імунітету держави, зокрема, через його врегулювання та прийняття Закону України «Про міжнародну торговельну діяльність». З огляду на неоднозначне та надто вузьке тлумачення імунітету держави українськими судами, а також, враховуючи активний розвиток арбітражних процесів за участю України, потрібно врегулювати це питання на законодавчому рівні, прийнявши вищезазначений закон.
2. Існує необхідність правового регулювання в законодавстві визнання та виконання проміжних рішень (Interim Awards) у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж», рішень щодо кількох (солідарних) боржників в Регламенті МКАС. Зокрема, додати статтю 60-1 «Винесення проміжних рішень» та статтю 62-1 «Винесення та виконання арбітражних рішень щодо кількох (солідарних боржників» до Регламенту МКАС, а також додати до ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» формулювання: «виконання проміжних арбітражних рішень».

3. Ми пропонуємо врегулювати процедуру виконання рішень інвестиційного арбітражу у п. 12 ч. 2 статті 5 Закону України «Про виконавче провадження», який викласти в наступній редакції: «12) арбітражних рішень, винесених в Україні та поза її межами». Така пропозиція зумовлена тим, що під час дослідження нами було проаналізовано Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, де зазначено що виконання рішення інвестиційного арбітражу здійснюватиметься відповідно до законодавства про виконання судових рішень. В Україні на даний момент не існує спеціальної процедури визнання і виконання саме рішень міжнародних інвестиційних арбітражів, а це породжує неузгодженості у практиці судів та виникнення неоднозначного вирішення справ та нормо застосування, наша пропозиція направлена на вирішення цього питання.

4. Ще однією пропозицією є необхідність вирішення потенційного конфлікту юрисдикцій, коли до українського суду потрапляє позов з питання, яке вже розглядається арбітражною інституцією, передбаченою арбітражною угодою. В таких випадках державні суди мають залишати справи без розгляду на підставі ст. 75 (2) Закону України «Про міжнародне приватне право». Ми пропонуємо у ч. 1 ст. 75 (2) цього акту додати формулювання, що суд відмовляє «на користь іноземного юрисдикційного органу (арбітражу)».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України. Основний Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. Дата звернення: 25.02.2019.
2. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 року. Офіційний вісник України. 2004. – № 45. с. 329.
3. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_060/. Дата звернення: 16.05.2019.
4. Конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж від 07.01.1964 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995069>. Дата звернення: 25.04.2019.
5. Конвенція про імунітет держав. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_060. Дата звернення: 05.08.2019.
6. Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_157. Дата звернення: 28.05.2019.
7. Конвенція УНІДРУА щодо викрадених або незаконно вивезених культурних цінностей. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_590. Дата звернення: 23.05.2019.
8. Договір між Україною та США про заохочення та взаємний захист інвестицій. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_419. Дата звернення: 25.05.2019.
9. Договір про зону вільної торгівлі. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_n25. Дата звернення: 06.07.2019.
10. Угода між Україною і Республікою Австрія про сприяння та взаємний захист інвестицій. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/040_721. Дата звернення: 14.09.2019.
11. Угода між Урядом України та Бельгійсько- Люксембурзьким Економічним Союзом про взаємне заохочення і захист інвестицій. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_691. Дата звернення: 23.05.2019.

12. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=436-15>. Дата звернення: 15.08.2019.
13. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>. Дата звернення: 15.08.2019.
14. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. № 11. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/stru>. Дата звернення: 15.05.2019.
15. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. №959-XII Відомості Верховної Ради. 1991. №29. Ст.377. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12>. Дата звернення: 12.01.2019.
16. Закон України «Про виконавче провадження». Відомості Верховної Ради. 2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/1404-19>. Дата звернення: 06.07.2019.
17. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 27 червня 2005р. №2709-IV. Відомості Верховної Ради. 1991. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>. Дата звернення: 04.05.2019.
18. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р. Відомості Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>. Дата звернення: 12.07.2019.
19. Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» 2017. Відомості Верховної Ради України №48. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-123>. Дата звернення: 15.10.2019.
20. Закон України «Про третейські суди» : від 11.05.2004 № 1701–VI. Офіційний вісник України. 2004. № 23. Ст. 1540. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1701-15>. Дата звернення: 15.06.2019.

21. Закон України «Про угоди про розподіл продукції» від 14 вересня 1999р. №1039-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1039-14/>. Дата звернення: 12.04.2019.
22. Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справах щодо надання дозволу на виконання рішень міжнародних комерційних арбітражних судів та їх оспорування. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_Mkas.pdf?fbclid=IwAR16IKpJ6SMT8R2lic_WQNPLX83ab1Dzt6OGc8Uegl3_nuEXy-53dVdYm-/. Дата звернення: 13.07.2019.
23. Проект Закону про юрисдикційні імунітети та відповідальність іноземних держав від 16.03.2015 № 2380. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54404. Дата звернення: 28.08.2019.
24. Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду. Київ. 2017. URL: <https://icas.org.ua/wp-content/uploads/Reglament-ISAS-pry-TPP-Ukrayiny.pdf>. Дата звернення: 23.08.2019.
25. Роз'яснення Міністерства юстиції України від 08.05.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0015323-12>. Дата звернення: 09.04.2019.
26. Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ: URL: www.uncitral.org. Дата звернення: 13.03.2019.
27. Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торгівельного арбітражу від 21 червня 1985 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_879. Дата звернення: 06.08.2019.
28. Алаб'ява Н. В. Міжнародне приватне право. URL: http://shron1.chtyvo.org.ua/Aliabieva_NV/Mizhnarodne_pryvatne_pravo.pdf. Дата звернення: 05.09.2019.
29. Вергелес Д. Механізм вирішення спорів у рамках СОТ. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/zovnishnoekonomichna-diyalnist/mehanizm-virishennya-sporiv-u-ramkah-sot.html>. Дата звернення: 16.07.2019.
30. Галущенко Г. Удар по імунітету. Як Україна може юридично захистити себе від аргесії РФ? URL: <https://www.eurointegration.com.ua/experts/2015/04/23/7033189/>. Дата звернення: 09.06.2019.

31. Гіренко О. Т. Використання юрисдикційних імунітетів держави та її власності в цивільних угодах за її участю. Київ. 2004.
32. Гончаренко О.М. Міжнародний комерційний арбітраж навч. посібник. Ніжин: Видавництво НДУ ім. М. Гоголя. 2014.
33. Гусєв В. М. Державний імунітет транзитної України як учасника міжнародного права: сучасний стан і перспективи переформатування. 2015. URL: http://www.irbisnbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Npau_2015_2_19.pdf. Дата звернення: 05.04.2019
34. Домовленість про правила та процедури вирішення спорів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_019/. Дата звернення: 17.03.2019.
35. Емельянова І. Ефективний арбітраж-який він?. «Юрист-Закон» №30, 29.08.2019р, с. 4. URL: https://icac.org.ua/wp-content/uploads/YURYST-ZAKON-Golovna-stattya-Efektyvnyj-arbitrazh-yakyj-vin_.pdf. Дата звернення: 09.09.2019.
36. Збірник доповідей і статей. V Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І. Г. Побірченка 4 жовтня 2018 року. Київ. 2019 URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/V-Mizhnarodni-arbitrazhni-chytannya-pam-yati-akademika-I.-G.-Pobirchenka.-Zbirnyk-dopovidej-i-statej.pdf>. Дата звернення: 20.12.2018.
37. Звіт ICAC за підсумками регіональних презентацій «Свобода вибору правил гри – не втраť своє право на арбітраж». Київ. 2018, 16 с.
38. Киричук А.С. Правовий механізм регулювання міжнародного комерційного арбітражу. Економіка і право. 2014. URL: <http://enpuir.npu.edu.ua/bitstream/123456789/7388/1/Курччук%20%D0%90.pdf>. Дата звернення: 16.06.2019.
39. Кислий Т. Арбітражна процедура вирішення доменних спорів центру ВОІВ. URL: https://www.asterslaw.com/ua/press_center/publications/wipo_arbitration_procedure_for_domain_dispute_resolution/. Дата звернення: 13.07.2019.
40. Кости́лев О. М. Багатостороння система вирішення інвестиційних спорів як інституційноправовий механізм захисту іноземних інвестицій. Вісник Маріупольського університету. 2013. Вип. 5. С. 211–215. Серія: Право.

41. Ляхно С. Нестрашний арбітраж: як Україні вирішувати торговельні спори з ЄС. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/experts/2018/12/13/7090573/>. Дата звернення: 24.06.2019.
42. Лист Української Арбітражної Асоціації від 24 квітня 2017 року. URL: [http://arbitration.kiev.ua/Uploads/Admin/AMICUS%20CURIAE%20BRIEF%20\(2017%2004%2024%20\).pdf](http://arbitration.kiev.ua/Uploads/Admin/AMICUS%20CURIAE%20BRIEF%20(2017%2004%2024%20).pdf). Дата звернення: 24.07.2019.
43. Марченко Р. «Українські новини». URL: <http://attorneys.ua/uk/publications/roman-marchenko-senior-partner-of-ilyashev-and-partners-law-firm-gazprom-will-not-make-any-payments-voluntarily-naftgaz-will-have-to-go-a-long-way/>. Дата звернення: 29.06.2019.
44. Мисак О. І. Міжнародно-правова відповідальність держав: окремі аспекти дослідження теорії і практики. Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2013. URL: http://www.irbisnbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/dip_2013_60_8.pdf. Дата звернення: 23.07.2019.
45. Побірченко І.Г. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство. МВ Торг.-пром. Палата України. Київ. 2007. с.584.
46. Притика Ю.Д., Куфтирев П.В. Зміст арбітражної угоди. Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. URL: http://www.vru.gov.ua/content/article/visnik12_08.pdf. Дата звернення: 13.02.2019.
47. Притика Ю.Д. Деякі аспекти поняття міжнародного комерційного арбітражу і його застосування. Право України. 1995. №11. С. 36–39.
48. Селівон М. Взаємодія судової влади з міжнародним комерційним арбітражем. Право України. 2017. № 1. С. 130-138.
49. Силич А. В. Вирішення інвестиційних спорів у міжнародних організаціях . Управління розвитком. 2014. № 6 (169). С. 84–86.
50. Сліпачук Т. Інституційний арбітраж і арбітраж ad hoc: дві сторони одного процесу. №13 (25) 14 липня 2004.

51. УНІАН, новини від 12.02.2018. URL: <https://www.unian.ua/economics/energetics/2391676-cherez-ugodi-pro-rozpodil-produktsiji-ukrajina-schoroku-vtrachae-shaleni-groshi.html>. Дата звернення: 14.06.2019.
52. Федіняк Г. С., Федіняк Л. С. Міжнародне приватне право: навч. посіб. 2-е вид., допов. Київ. Юрінком Інтер. 2017. с. 416
53. Хрімлі О. Інвестиційний міжнародний арбітраж як форма захисту прав міжнародних інвесторів. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2016/11/17.pdf>. Дата звернення: 09.06.2019.
54. Чепурна С. , партнер, ЮФ Asters Оксана Легка, старший юрист, ЮФ Asters Нові правила арбітрабельності спорів: крок уперед чи два назад? URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA011059. Дата звернення: 29.06.2019.
55. Шаповалова Інса Розв'язання спорів проти України в Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів. URL: <http://www.dialoggroup.zp.ua/news/11-rozviazannia-sporiv-proti-ukrayini-v-mizhnarodnomu-tcentri-z-virishennia-investitciinikh-sporiv-mtcvis>. Дата звернення: 14.03.2019.
56. Юридична газета, №38. 2018. URL: https://interlegal.com.ua/ru/publikacii/yak_ne_potrapiti_u_pr%D1%96rvu_z_arb%D1%96trajnim_zasterejennyam_tor_5_porad/. Дата звернення: 13.06.2019.
57. A Guide
58. Badr G. M. State immunity an analytical and prognotic view. The Hague. Boston Lancaster 1984. P. 16.
59. Bouchez L. J. The nature and scope of State immunity from jurisdiction exeluction Bouchez L. J. Netherlands Yearbook of International Law.1979. X. P. 3.
60. Counsel as Client's First Enemy in Arbitration, U. Draetta. 2014
61. Dispute Settlement Understanding of WTO. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm Дата звернення: 20.06.2019.
62. Interim and Emergency Relief in International Arbitration, I. Laird, B. Sabahi and A.M. Whitesell. 2015
63. LCIA Dispute Resolution Rules, URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration.aspx. Дата звернення: 13.07.2019.

64. Leiden Journal of International Law, Leiden University, Netherlands. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/when-the-state-sovereign-immunity-rule-meets-sovereign-wealth-funds-in-the-post-financial-crisis-era-is-there-still-a-black-hole-in-international-law/92F1AB25C4325EAA617DB32238ACB821>. Дата звернення: 17.09.2019
65. Mayer Brown Global International Arbitration Guide. Geneva, Switzerland. 2019.
66. Official web-site of FIDIC. URL: <http://fidic.org/>. Дата звернення: 24.07.2019.
67. Official web-site of FOSFA. URL: <https://www.fosfa.org/>. Дата звернення: 24.06.2019.
68. Official web-site of GAFTA. URL: <https://www.gafta.com/>. Дата звернення: 24.06.2019.
69. Procedural Rules of Court of Arbitration for Sport. URL: <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>. Дата звернення: 20.06.2019.
70. Redfern and Hunter. On International Arbitration. Sixth edition. 10 Disp. Resol. Int'l 81. 2016.
71. SHU SHANG and WEI SHEN When the State Sovereign Immunity Rule Meets Sovereign Wealth Funds in the Post Financial Crisis Era: Is There Still a Black Hole in International Law? URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/when-the-state-sovereign-immunity-rule-meets-sovereign-wealth-funds-in-the-post-financial-crisis-era-is-there-still-a-black-hole-in-international-law/92F1AB25C4325EAA617DB32238ACB821>. Дата звернення: 20.08.2019.
72. Sinclair Jan The law sovereign immunity. Recent Developments. Collected courses of the Hague Academy of international law. 2018 II. T. 167. P. 121.
73. Steinberger H. State immunity. Encyclopedia of public international law. 1987. № 10. P. 428.
74. Sucharitkul Compong Immunities for foreign States before national authorities. Collected courses of the Hague Academy of international law 1976. 1. T. 149. P. 115.

75. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Property.URL:
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf. Дата
звернення: 17.08.2019.

ДОДАТКИ

Додаток №1

СУДОВА ПРАКТИКА У СПРАВАХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ		
РІШЕННЯ ТА СПРАВА	СТОРОНИ	ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ РІШЕННЯ
<i>Питання, пов'язані із арбітражними угодами (застереженнями)</i>		
Постанова Вищого господарського суду України від 18 квітня 2017 року у справі № 910/13318/16	ТОВ “Фінансова компанія “Бізнес Факторинг” проти ПАТ “Укрнафта” та ТОВ “Зубаган-Юг”	Резюме: дія арбітражної угоди зберігається для нової сторони договору навіть у тому випадку, коли внаслідок уступки сторонами угоди стають дві українські юридичні особи, адже наявність чи відсутність іноземного елемента має розглядатися на момент укладання арбітражної угоди “Таким чином, у зв'язку з укладенням договору факторингу нове зобов'язання не виникає, а відбувається заміна кредитора у існуючому зобов'язанні, відповідно, <u>і умови Контракту щодо розгляду всіх спорів</u>, які виникають між сторонами Контракту при його виконанні Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України не змінюються та <u>залишаються чинними і для нового кредитора</u>. Отже, на спір, який виник між ТОВ “ФІНАНСОВА КОМПАНІЯ “БІЗНЕС ФАКТОРИНГ” та ПАТ “Укрнафта” щодо виконання умов Контракту, <u>поширюється дія</u>

			<u>арбітражного застереження, яке міститься у пункті 10 Контракту.</u> ... Посилання скажника на те, що у даній справі відсутній іноземний елемент, відповідно, даний спір не може розглядатися міжнародним комерційним арбітражем при Торгово-промисловій палаті України (у останнього відсутня компетенція) ВГСУ відхиляє. По-перше, <u>питання щодо наявності чи відсутності компетенції, у даному випадку, вирішує третейський суд</u>, а по-друге, скажник залишає поза увагою, що укладення Контракту мало місце між ПАТ “УКРНАФТА” (Україна) та ТОВ “Індустрія Феросплавів” (Російська Федерація), тобто, <u>на момент укладення Контракту комерційне підприємство однієї з його сторін знаходилося за кордоном</u>, а скажник, внаслідок уступки права вимоги, став новим кредитором по відношенню до ПАТ “УКРНАФТА” у даних договірних відносинах, відповідно дія арбітражного застереження поширюється на спір, який виник щодо виконання умов Контракту.”
1.	Постанова Вищого господарського суду України від	ТОВ “Інтербізнесконсалт” проти	Резюме: дія арбітражного застереження зберігається у випадку уступки “Доводи касаційної скарги про те,

	30 серпня 2017 року у справі № 910/21409/16	ПАТ “Укрнафта”, ТОВ “Транспортні автоматизовані системи”	що відсутність взаємної згоди саме сторін спору на вирішення спору комерційним судом (арбітражем), незалежно від попередньої домовленості про це, виключає можливість розгляду спору таким судом, також є помилковими, оскільки <u>зобов’язання, що впливають з третейської угоди мають обов’язковий характер для сторін і за її наявності відповідно до ч. 1 ст. 8 ЗУ “Про міжнародний комерційний арбітраж”.</u> Саме <u>відсутність заперечень іншої сторони щодо розгляду справи судом є умовою розгляду відповідного спору, зокрема, господарським судом.</u> ”
2.	Постанова Вищого господарського суду України від 19 вересня 2017 року у справі № 917/735/17	ТОВ “Гадячсир” проти ПАТ “Креді Агріколь Банк”	Резюме: при поданні позову до суду про визнання арбітражного застереження недійсним, суд має розглянути питання по суті та визнати застереження недійсним, або передати спір на розгляд арбітражу “З огляду на сформовані змістом частини 1 статті 8 ЗУ “Про міжнародний комерційний арбітраж” передумови припинення провадження вбачається специфіка її застосування в разі звернення особи з позовом про визнання недійсною самої арбітражної угоди.

			Так, обов'язковою підставою для припинення провадження в порядку частини 1 статті 8 ЗУ “Про міжнародний комерційний арбітраж” є встановлення судом у законодавчому порядку дійсності арбітражної угоди, що передбачає існування висновку суду про відсутність підстав визнання арбітражної угоди недійсною. <u>Зазначені законодавчі приписи направлені на дотримання принципів об'єктивності та неупередженості, запобігання конфлікту інтересів та фактичному вирішенню арбітражним судом питання своєї ж юрисдикції, яка матиме місце у випадку розгляду арбітражним судом недійсності угоди про передачу спору до цього ж суду.</u> Про вказане також свідчить зміст частини 3 статті 215 Цивільного кодексу України, якою встановлено, що <u>в разі якщо недійсність правочину</u> прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин <u>може бути визнаний судом недійсним</u> (оспорюваний правочин). У той же час, <u>арбітражний суд не</u>
--	--	--	--

є судом в розумінні положень чинного законодавства України, про що зазначено в п.4 рішення Конституційного Суду України від 10 січня 2008 року № 1-рп/2008 у справі № 1-3/2008.

Отже, як обґрунтовано зауважено апеляційним господарським судом, при вирішенні питання підставності припинення провадження в порядку частини 1 статті 8 ЗУ “Про міжнародний комерційний арбітраж” до обов’язків господарського суду входить надання юридичної оцінки змісту арбітражної угоди на предмет її відповідності нормам законодавства, з подальшим наданням висновку щодо її дійсності або недійсності.

Таким чином, якщо предмет спору полягає у визнанні арбітражної угоди недійсною і однією сторін подана заява про передачу спору на розгляд арбітражному суду, суд зобов’язаний повно та всебічно дослідити визначені позивачем підстави недійсності такої угоди, надати їм правову оцінку, та встановивши її незаконність, вирішити спір по суті визнавши її недійсною. Натомість, у випадку не встановлення судом порушень при укладенні угоди

			<u>ВИМОГ законодавства, господарський суд повинен припинити провадження</u> на підставі статті 8 ЗУ “Про міжнародний комерційний арбітраж” та пункту 5 частини 1 статті 80 ГПК України.”
3.	Постанова Донецького апеляційного господарського суду від 29 листопада 2016 року у справі № 920/542/16	<i>ПАТ “ЗалК” проти United Company Rusal Silicon Limited, ТОВ “Глухівський кар’єр кварцитів”</i>	Резюме: суд підтвердив принцип відокремленості (severability) арбітражного застереження, та продовження його дії після припинення основного договору (surviving clause) “За приписами ч.1 ст. 16 ЗУ “Про міжнародний комерційний арбітраж” третейський суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, в тому числі стосовно будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди. З цією метою арбітражне застереження, що є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору. Винесення третейським судом рішення про недійсність договору не тягне за собою в силу закону недійсність арбітражного застереження. Зазначеною нормою обумовлено <u>принцип автономності арбітражного застереження</u>, який полягає, зокрема, в

			тому, що <u>арбітражне застереження не втрачає силу і після закінчення строку дії договору</u> , який містить таке застереження.”
4.	Ухвала господарського суду Закарпатської області від 24 березня 2017 року у справі № 907/135/17	<i>HAWK AVIATION LTD проти Авіакомпанія “Х”</i>	Резюме: альтернативні арбітражні застереження можуть бути визнані судом такими, що не можуть бути виконані, якщо в застереженні не надані точні назви альтернативних арбітражних інституцій “Суд дійшов висновку про відмову у задоволенні клопотання та про продовження розгляду справи по суті, оскільки арбітражна угода сторін викладена у п. 15.1 договору, викладена таким чином, що не є можливим встановити на вирішення якої арбітражної установи повинен передаватися спір. А саме: <i>“Любые разногласия, споры, претензии сторон относительно настоящего контракта, а также нарушение условий контракта будут рассматриваться в Международном Коммерческом Арбитражном суде на территории регистрации Заказчика в соответствии с международным коммерческим правом”</i>, відтак – арбітражна угода не може бути

			виконана.”
5.	Рішення Господарського суду м. Києва від 26 січня 2017 року у справі № 910/21362/16	<i>CENTER- PLUS Slawomir Lech проти ТРЕЙД СУППОРТ ГРУПП Україна</i>	Резюме: українські суди продовжують застосовувати вкрай обмежувальне тлумачення арбітражних застережень, в яких не точно вказано назву арбітражної установи. Для встановлення точних українських назв можна проаналізувати листи та роз’яснення МКАС при ТПП України та МЗС України “Як встановлено судом, у пункті 11.2 договору поставки № 186/13 сторони погодили, що у разі недосягнення згоди сторонами, спір передається на розгляд та остаточне вирішення в <u>Міжнародний комерційний арбітражний суд у Відні</u>. Мова арбітражного розгляду – англійська. Однак, у позовній заяві позивач звернув увагу на те, що вказаний пункт договору не може бути виконаний у зв’язку з тим, що <u>Міжнародного комерційного арбітражного суду у Відні не існує</u>. Відповідно до листа Торгово-промислової палати України від 10.01.2017, у 1975 при Федеральній палаті економіки Австрії було

			створено <u>Віденський міжнародний арбітражний центр (VIAC)</u> як постійний та незалежний арбітражний орган. Зазначене також підтверджується листом Міністерства закордонних справ України. Враховуючи вищевикладене, суд дійшов висновку, що п. 11.2 договору поставки № 186/13 не містить точної назви арбітражу, на вирішення якого сторони мають передавати спори щодо зазначеного договору, у зв'язку з чим <u>арбітражна угода не може бути виконана.</u> Таким чином, суд відмовляє Товариству з обмеженою відповідальністю “ТРЕЙД СУППОРТ ГРУППІ Україна” у задоволенні клопотання про припинення провадження у справі.”
Визнання та виконання, скасування арбітражних рішень			
6.	Ухвала Апеляційного суду Київської області від 19 травня 2016 року у справі № 57/15539/15-ц	Управляюча компанія “Біохімічний холдинг “Оргхім” проти ПрАТ “Росава”	Резюме: викладення в ухвалі про надання дозволу на виконання суми, що підлягає стягненню, не в тій валюті, яка зазначена в самому арбітражному рішенні, вважається втручанням (внесенням змін) до суті арбітражного рішення “Разом з тим, суд першої інстанції, задовольняючи клопотання,

припустився помилки, стягнувши на користь заявника належні йому грошові кошти у національній валюті України – гривні, чим змінив зміст рішення іноземного суду, в якому йшлося про стягнення грошових сум в доларах США.

Відповідно до п. 12 постанови Пленуму Верховного суду України від 24 грудня 1999 року № 12 “Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України”, розглядаючи клопотання про визнання й виконання рішень іноземних судів (арбітражів), суд розглядає його в межах заявленого клопотання і не може входити в обговорення правильності цих рішень по суті, вносити до останніх будь-які зміни.

В абзаці третьому п. 16 вищевказаної постанови Пленуму зазначено, що виходячи з відповідних міжнародних договорів і чинного законодавства України про валютне регулювання, в резолютивній частині ухвали викладається висновок...про

			задоволення клопотання і <u>надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду (арбітражу) на території України з викладенням змісту цього рішення та визначенням сум, що підлягають стягненню, в зазначеній у рішенні валюті у випадках, коли грошові зобов'язання виникли і мають виконуватися в іноземній валюті відповідно до вимог законодавчих та інших нормативних актів України.</u> Оскільки судом першої інстанції при правильному вирішенні питання було помилково сформульовано суть процесуальної дії, наслідком чого стала зміна змісту рішення іноземного суду, дозвіл на виконання якого надано судом, ухвала від 17 лютого 2016 року відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 312 ЦПК України підлягає зміні шляхом викладення абзацу другого та третього її резолютивної частини в іншій редакції.”
7.	Постанова Верховного Суду України від 22 березня 2017 року у справі № 757/3481/14-ц	<i>СЕС АСТРА</i> <i>АБ</i> <i>проти</i> <i>ДП</i> <i>“УКРКОСМОС”</i>	Резюме: Верховний суд підтвердив 1) можливість подальшої зміни арбітражної угоди шляхом обміну листами та 2) дію принципу добросовісного використання права на оскарження (good faith / estoppel)

			“Проведений аналіз норм законодавства, положень Конвенції та Регламенту дає змогу <u>дійти висновку про зміну арбітражного застереження</u> щодо кількісного складу арбітрів, оскільки сторони відповідно до матеріалів справи № 19315/GFG CEC АСТРА АБ проти ДП “Укркосмос” домовилися щодо її розгляду одноосібним арбітром <u>за допомогою обміну листами</u>, що відповідає принципу міжнародного арбітражу, а саме принципу автономії волі. ... Окрім того, суд апеляційної інстанції правильно здійснив посилання на статтю 39 Регламенту, у якій зазначено, що якщо сторона бере участь в арбітражному провадженні і не заявляє заперечень проти недотримання будь-якого положення Регламенту або будь-якого іншого правила, що застосовується до розгляду, будь-якого розпорядження складу арбітражу або іншого правила арбітражної угоди щодо формування складу арбітражу або проведення розгляду, то вважається, що ця сторона відмовилася від права заявляти подібні заперечення.
--	--	--	---

			Суди встановили, що ДП “Укркосмос” брало участь в арбітражному процесі, <u>заперечень щодо складу арбітражного суду та процедури призначення одноособового арбітра не заявляло</u> , рішення Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торгової палати від 4 серпня 2014 року не оспорювало.”
8.	Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 8 червня 2016 року у справі № 761/5425/16-ц Апеляційним судом м. Києва ухвалу залишено без змін ВССУ ухвали перших двох інстанцій скасовані, справу направлено на новий розгляд до суду першої інстанції	<i>Nuseed Serbia d.o.o.;</i> <i>проти ПАТ “Компанія “Райз”</i>	Резюме: суди <u>не</u> розглядають часткову невідповідність арбітражної угоди як підставу її недійсності, а застосування арбітражним судом переважних норм регламенту замість положень арбітражної угоди не є підставою для відмови у визнанні та виконанні арбітражних рішень “Так, згідно п. 9.3. ст. 9 Договору купівлі-продажу №UA-01-1/01-2013 від 03.01.2013 року, укладеного між ПАТ “Компанія “Райз” та Nuseed Serbia d.o.o., передбачено, що засідання Арбітражного суду <u>повинно проводитись двома арбітрами</u>, на підставі тексту цього контракту. Таким чином, відповідно до підпункту а) пункту 1 <u>статті IV Європейської конвенції</u>, у випадку, <u>якщо сторони обрали постійний</u>

		<u>арбітражний орган, яким є МКАС, розгляд здійснюється відповідно до його Регламенту, а <u>сторони не можуть встановлювати інші правила, відмінні від Регламенту, якщо Регламентом це не дозволено.</u></u> Пріоритет Регламенту перед домовленостями сторін у процесі формування складу Арбітражного суду прямо закріплено у Регламенті МКАС , а саме у ч. 2 ст. 27: сторони можуть за власним розсудом узгодити процедуру призначення арбітра чи арбітрів за умови дотримання положень цього Регламенту. Отже, Регламент МКАС, якщо сторони обрали цей арбітражний орган, має перевагу перед будь-якими домовленостями, які не можуть суперечити Регламенту. <u>Регламентом МКАС передбачено порядок формування Арбітражного суду тільки у складі одноособового арбітра або трьох арбітрів (статті 26, 27 Регламенту).</u> Тому в процесі формування складу Арбітражного суду саме норми Регламенту мали застосовуватись, а їх застосування не порушувало угоду сторін, оскільки Регламент має перевагу у випадку
--	--	--

			будь-яких протиріч.” Позиція ВССУ: Суди попередніх інстанцій дійшли висновку про відмову в задоволенні заяви, не спростувавши доводи заявника про те, що своїм повідомленням про особу арбітра вони не змінили умови договору, яким було передбачено два арбітри, а лише запропонували арбітра зі своєї сторони, а <u>арбітражній установі та її керівним особам не надано права змінювати за власним бажанням кількісний склад суду всупереч арбітражній угоді.</u>
9.	Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 21 грудня 2016 року у справі № 757/5777/15-ц	<i>ДжейКейІкс</i> <i>Ойл енд Гес</i> <i>ПіЕлСі</i> <i>проти</i> <i>України</i>	Резюме: у виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на підставі застереження про публічний порядок у тому випадку, коли виконання арбітражного рішення 1) суперечитиме законодавству та 2) призведе до втрати коштів державним бюджетом “Надзвичайним арбітром ОСОБА_5 за Арбітражним Регламентом Торговельної палати міста Стокгольм було винесено рішення в арбітражній справі № ЕА/2015 /002 за позовом “ДжейкКейІкс

		Ойл енд Гес ПіЕлСі”, ОСОБА_6. Та СП “Полтавська газонафтова компанія” до держави Україна, яким боржнику наказувалось утриматись від накладення рентної плати за користування надрами для видобування природного газу компанією СП “Полтавська газонафтова компанія” за ставкою вищою ніж 28%, що була передбачена Податковим кодексом України до 31 липня 2014 року. Лише Податковим кодексом України визначені підстави для надання податкових пільг та порядок їх застосування. Постановлене арбітражне рішення всупереч вимогам Податкового кодексу України фактично призведе до зміни ставок рентної плати за користування надрами для видобування природного газу для юридичної особи – СП “Полтавська газонафтова компанія” з 55 до 28 відсотків. Отже, надання судам компетенції змінювати розміри податків/обов’язкових платежів у супереч нормам Кодексу було б порушенням встановлених у державі
--	--	--

		основоположних, визначальних принципів оподаткування, тому визнання та <u>виконання Арбітражного рішення порушує публічний порядок держави Україна.</u> Крім того, в результаті вказаних змін ставок рентної плати Державний бюджет України у 2015 році понесе втрати. Як видно з повідомлення Державної фіскальної служби України (том I, а. с. 186), втрати Державного бюджету України у 2015 році у разі зміни ставки рентної плати СП “Полтавська газонафтова компанія” із 55 до 28 відсотків оцінюються у розмірі 597,25 млн. грн. При цьому оціночні втрати Державного бюджету України за квітень-грудень 2015 року можуть скласти 447,93 млн. грн. Вказані втрати Державного бюджету України можуть призвести до погіршення економічного стану держави, оскільки зменшать надходження до бюджету держави платежів, які справляються з податків і зборів відповідно до Податкового кодексу України. Приведені обставини є
--	--	---

			підставами, передбаченим ч. 2 ст. V Нью-Йоркської Конвенції та п. 7 ч. 2 ст. 396 ЦПК України, для відмови у задоволенні клопотання Джейкейкс ойл енд Піелсі, ОСОБА_6., СП “Полтавська газонафтова компанія” про надання дозволу на примусове виконання іноземного арбітражного рішення від 14.01.2015 року, винесеного Надзвичайним арбітром ОСОБА_5 за Арбітражним Регламентом Торгівельної палати міста Стокгольма.”
10.	Ухвала Крюківського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 1 вересня 2017 року у справі № 537/990/17	<i>ВАТ “Науково виробнича корпорація “Урал вагонзавод” проти ПАТ “Кременчуцький сталеливарний завод”</i>	Резюме: одним з джерел встановлення змісту поняття публічного порядку може виступати стратегія національної безпеки РНБО. Проявом цього може бути відмова у наданні дозволу на виконання рішення арбітражу на користь російських компаній “Дії по зупинці сертифікатів ПАТ “Кременчуцький сталеливарний завод” через систему органів по сертифікації Російської Федерації, що мають наслідком зменшення обсягів виробництва і продажу продукції в сукупності із спробами Російських судових інстанцій покласти на підприємство відповідальність за

		збитки є проявами торговельно-економічної війни. Відповідно до п.3.1. ст. 3 Стратегії Національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26 травня 2015 року № 287/2015, <u>торговельно-економічна війна є актуальною загрозою національної безпеки країни.</u> Враховуючи вищевикладене, а також те, що надання дозволу на виконання ухвали Арбітражного суду м. Москва від 22 квітня 2016 року по справі № А40 205725/15-15-1689 про стягнення з ПАТ “Кременчуцький сталеливарний завод” на користь ВАТ “Науково виробнича корпорація “Уралвагонзавод” коштів у розмірі 5 510 660 рублів, <u>яке використовується Російської Федерацією як засіб торговельно-економічної війни порушує публічний порядок та суперечить інтересам України, викладеним у стратегії національної безпеки, що затверджена рішенням РНБО, введеним в дію Указом Президента України № 287/2015 від 26 травня 2015 року, що підпадає під положення п.7 ч.2 ст. 396 ЦПК України та є підставою для не задоволення</u>
--	--	--

		клопотання ВАТ “Науково виробнича корпорація “Уралвагонзавод”, то суд приходить до висновку про <u>відсутність підстав для задоволення клопотання</u> про визнання та надання дозволу на виконання на території України ухвали Арбітражного суду м. Москва від 22 квітня 2016 року по справі №А40 205725/15-15-1689, у зв’язку з чим в його задоволенні слід відмовити.”
--	--	---