

структуризації операції таким чином, щоб дозволити покупцю придбати компанії в українського продавця.

(b) З метою продажу пані Ревенко підписала Довіреність для здійснення діяльності на користь компанії Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), згідно з якою вона погодилася володіти акціями в Відіанік (Vidianic) як довірена особа Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.). Виходячи з цього, Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) переказала право власності на акції пані Ревенко на короткий термін і з метою подальшого продажу цих акцій українському покупцеві від українського продавця.

(c) 13 березня 2012 року, коли продаж не відбувся з причин, не пов'язаних з цим спором, довіреність була анульована, а пані Ревенко передала акції компанії Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), кіпрській дочірній компанії Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.).

(d) У 2013 році Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) також уклала подібну угоду з пані Ревенко, завдяки чому вона володіла акціями Відіанік Трейдинг Лімітед (Vidianic Trading Limited) як номінант та довірена особа компанії Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) з метою полегшення чергового потенційного продажу українському покупцеві. З цієї метою право власності на акції було передано пані Ревенко на короткий термін. Згодом, коли операції продажу не відбулися, 2 жовтня 2013 року акції були повернуті Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), і довіреність було анульовано. Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) і, як наслідок, Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), яка володіє Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), зберігала контроль над Vidianic протягом всього цього часу.

(e) Аналогічний процес був проведений для Полікарпіко (Polikarpico). З метою іншої угоди, передбаченої у 2012 році, пан Лещенко підписав Довіреність для здійснення діяльності на користь компанії Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), згідно з якою він погодився володіти акціями Полікарпіко (Polikarpico) як номінанта та довірена особа Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.). Компанія передала право власності на акції п. Лещенку на короткий термін і з метою полегшення продажу цих акцій від українського продавця українському покупцеві. Знову ж таки, угода не була завершена з причин, не пов'язаних з цим спором. В результаті 19 березня 2012 року Довіреність було анульовано, а акції Полікарпіко (Polikarpico) були передані Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited).

(f) У 2013 році Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) передав свої акції в Полікарпіко (Polikarpico) п. Лещенку, який підписав іншу Довіреність, в якій він погодився володіти

інформувати  
озивачі по  
ти справ  
липні 2013  
3 року: (a)  
з зобов'яз  
виконавч  
та неспро  
Лімітед (N  
контролю  
ковано,  
iding Lim  
тейт Н.В.  
зв'язан  
Відіанік Т  
ited) че  
компан  
рпіко Л  
позиції



акціями як номінанта та довірена особа для Сіті-Стейт Лімітед (City-State N.V.). Операція не відбулась, і 2 жовтня 2013 року акції Полікарпіко (Polikarpico) переведені назад до Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), і декілька акцій анульовано. Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) і, як наслідок, Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), що володіє Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), на той час мали контроль над Полікарпіко (Polikarpico).

370. Позивачі стверджують, що умови кожної з чотирьох Довіреностей, які вказані в відповідній частині, показують, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) зберігав контроль над трьма спів-позивачами протягом відповідного часу у 2012 і 2013 роках.<sup>316</sup> Оскільки значення, що спір виник у вересні 2013 року відповідно до статті 9 (5) ДІД, з

### 3. Аналіз Трибуналу

371. Відповідно до статті 25 (2) (b) Конвенції МЦУІС, відповідною датою визначення громадянства компаній, створених в одній державі, але контрольованих громадянами іншої держави, є дата Згоди. Стаття 9 (5) ДІД включає додаткову критерію визначення громадянства: час «напередодні виникнення такого спору». Безсумнісно, що це дві дати є релевантними для визначення громадянства ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ.<sup>318</sup> Сторони не згодні з датою виникнення спору між ними.

372. Більшість Трибуналу приймає аргумент позивачів про те, що Докази показують, що ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ перебували під контролем Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) через володіння кіпрською дочірньою компанією

<sup>316</sup> Довіреність між Меланією Ревенко та Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), 28 лютого 2012 року, доказ П-221; Довіреність між М. Лещенком та міським Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), Довіреність між Меланією Ревенко та Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), 9 серпня 2013 року, доказ П-222; Довіреність між Михайлом Лещенком та Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) 9 серпня 2013 року, доказ П-223. Повторне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [69] - [74].

<sup>317</sup> Повторне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [114].

<sup>318</sup> Повторне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [61]; Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [94].

їхніх акці  
погоджук  
контролк  
Проте, е  
голланд  
було б п

373. По  
«контрс  
(Polikar  
ПРОДІЗ  
[своє] г  
власні

374. І  
не має  
коли в  
не бу  
Ліміте  
відпо

375.  
ПРО  
числ  
Зро  
супе  
пер

дніх акцій у період з 9 серпня 2013 року до 2 жовтня 2013 року. Арбітр Стерн, не погоджуючись з попереднім висновком, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) весь час контролювала три українські компанії, не може погодитися з цією заявою більшості. Проте, відповідно до закону та фактів справи, які переконливо показують, що голландська установа контролювала три українські компанії, існування Декларацій не було б підставою для зміни цього висновку.

373. Положення Довіреностей свідчать, що пані Ревенко і пан Лещенко не мали «контролю» над Відіанік Трейдінг Лімітед (Vidianic Trading Limited) та Полікапіко Лімітед (Polikarpico Limited), і, отже, не мали контролю над ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ. Відповідно до умов Довіреності, кандидатури погоджуються «застосовувати [своє] право голосу як утримувач зазначених акцій таким чином і з такою метою, яку власник може час від часу корегувати або визначати».<sup>319</sup>

374. Крім того, свідчення п. Лещенка підтверджує, що він цілком усвідомлював, що він не мав контролю над Полікапіко Лімітед (Polikarpico Limited) протягом короткого періоду, коли він номінально володів цією компанією на підставі Довіреності<sup>320</sup>. Його свідчення не були оскаржені під час слухання. І хоча, Довіреності були укладені між Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) і номінантами, Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) протягом відповідного часу була дочірньою компанією Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.).<sup>321</sup>

375. Відповідно, на думку більшості Трибуналу, ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ контролювалися Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) увесь відповідний час, у тому числі між 9 серпня 2013 року та 2 жовтня 2013 року, коли підписувались Довіреності. Зробивши цей висновок, більшість Трибуналу не має потреби вирішувати, коли виникла суперечка, оскільки це питання є спірним, а ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ перебували під контролем Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) на всіх відповідних етапах.

<sup>319</sup> Довіреність між Меланією Ревенко та Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), 9 серпня 2013 року, П-222;

Довіреність між Михайлом Лещенком та Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), 9 серпня 2013 року, П-223.

<sup>320</sup> Заява свідка Лещенка, 25 листопада 2016 р. [6].

<sup>321</sup> Державне право власності на інвестиційні сертифікати 2013, П-50.



С. Звинувачення у неправомірному застосуванні процесу, пов'язаному з придбанням частки непрямой участі компанії Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.)  
ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ

1. **Позиція Відповідача**

376. Позиція України полягає в тому, що непряме придбання компанією Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) у юридичну власність акцій ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ 02 жовтня 2013 року відбулось із значним порушенням процесу.<sup>322</sup> Передача власності була зроблена з єдиною метою: спробою отримати доступ до арбітражу в рамках Нідерландсько-українського ДІД та Конвенції МЦУІС, штучно доводячи наявності голландських непрямих інвестицій в Україну. Крім того, до 2 жовтня 2013 року між Сторонами вже виникла суперечка, або, принаймні, була передбачена неминучою.<sup>323</sup>

377. Україна спирається на рішення у справі *Мобіл (Mobil) проти Венесуели*, *Тайдвотер (Tidewater) проти Венесуели*, *Лао Холдінз (Lao Holdings) проти Лаосу*, *Леву (Levy) проти Перу та Пак Рім (Pac Rim) проти Сальвадору*.<sup>324</sup> Україна стверджує, що «наявність зловживання є очевидною» і «відповідач не повинен доводити недобросовісності.»<sup>325</sup>

378. Україна стверджує, що Трибунал повинен зробити несприятливі висновки, якщо Позивачі не подали документи, що стосуються причин вибору ними, для перешкоди права власності або контролю над кіпрськими дочірніми підприємствами компанії Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), пана Лещенка та пані Ревенко.<sup>326</sup> Україна також стверджує, що свідчення заявників повинні мати невелику доказову цінність згідно з міжнародними правилами доказування.

<sup>322</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 року, розділ V.

<sup>323</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [129].

<sup>324</sup> Там же, [132].

<sup>325</sup> Там же, [129].

<sup>326</sup> Там же. [115] - [118].



правом на підставі того, що свідчення п. Каплуна новостворене, і воно також містить малозрозумілу мережу українських і кіпрських компаній, в межах яких були організовані передачі (акцій) із незрозумілою метою<sup>327</sup>.

379. У відповідь на аргумент позивачів про те, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) зберігала контроль над Відіанік Трейдінг Лімітед (Vidianic Trading Limited) та Полікарпіко Лімітед (Polikarpico Limited), Україна стверджує, що, за законами Кіпру, право володіння акціями пані Ревенко і пану Лещенку було передано 9 серпня 2013 року. Довіреності не стосувалися або не впливали на питання власності або юридичних прав на акції Відіанік (Vidianic) і Полікарпіко (Polikarpico), і тому не вплинули на володіння цими акціями пані Ревенко і паном Лещенком.

## 2. Позиція Позивачів

380. Позиція позивачів полягає в тому, що тягар доведення обвинувачень у зловживанні процесом лягає на Україну.<sup>328</sup> Але Україна не надала жодного значущого доказу на підтвердження своїх серйозних звинувачень.

381. На думку позивачів, поняття зловживань є суб'єктивним питанням про те, чи була проведена реструктуризація відповідно до принципу «добросовісності».<sup>329</sup> Позивачі заявили, що справи *Лао Холдінз (Lao Holdings) проти Лаосу*, *Леві (Levy) проти Перу*, *Пак Рім (Pac Rim) проти Сальвадора та Фіп Морріс (Philip Morris) проти Австралії* підтверджують їхню позицію.<sup>330</sup>

382. Доказом пана Каплуна є те, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) включала номінальних акціонерів у свою корпоративну структуру на короткий період часу, щоб

<sup>327</sup> Там же, [126].  
<sup>328</sup> Контрмеморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 р. [109] - [110]; Повторне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [118] - [121].  
<sup>329</sup> Повторне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 року, [141].  
<sup>330</sup> Там же, [147] - [156].

полегшити потенційний продаж, який врешті не відбувся.<sup>331</sup> Довіреностей запроваджені через потенційний продаж компанії Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) компанією Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) непов'язаній та пані Самойленко, сторонній юрист-консультант Сіті-Стейт Груп (City-State Group) свідчила про цілі Довіреностей.<sup>332</sup> Жодним чином під час таких реструктуризацій Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) не втрачало контролю над компаніями-позивачами. В той час, як юридичне право на Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) було передано пані Ревенко і пану Лещенку, Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) зберігала право повторно передати право власності на акції у Відіанік та Полікарпіко (Polikarpico) у будь-який час без подальшої згоди кандидатів на правами на дивіденди та прибуток, а також правом голосу.<sup>333</sup>

383. Позивачі стверджують, що з огляду на наявність законних комерційних передачі акцій пану Лещенку та пані Ревенко та від них, зловживань не було. Вони посилаються на справи *КонокоФілліпс (ConocoPhillips) проти Венесуели (Phoenix) проти Чехії та Філіп Морріс (Philip Morris) проти Австралії* як докази того, що альтернативне комерційне призначення може звести нанівець висновок про зловживання.<sup>334</sup>

384. Позивачі заперечують проти вимоги України до Трибуналу про висновок несприятливих висновків на підставі відсутності документальних доказів стосовно Довіреностей<sup>335</sup>. Позивачі стверджують, що всі відповідні документи, які стосуються відповідного періоду часу, знаходяться в протоколі: (i) копії Довіреностей; (ii) акції в позиції Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) в корпоративній структурі Сіті-Стейт (City-State) з 2010 року по теперішній час для обох компаній; (iii) Сертифікати акцій з 2010 року по теперішній час для обох компаній. Крім того, пан Каплун, пан Лещенко та пані Самойленко надали свідчення, що пояснюють ці операції. Заявники стверджують, що жоден несприятливий висновок у даній справі не є доцільним, оскільки

<sup>331</sup> Друге свідчення свідка Я. Каплуна, 14 березня 2016 року, [4] - [9].

<sup>332</sup> Заява свідка Т. Самойленко, 25 листопада 2016 року.

<sup>333</sup> Подвійне заперечення позивача про юрисдикцію, 25 листопада 2016 р. [127].

<sup>334</sup> Там же, [154] - [161].

<sup>335</sup> Там же, [122].

«зовнішні  
комерційні

3.

385. :  
інтересі  
тому, чи  
в рамках

386. :  
Мобіл (

«Як з  
голланд  
венесу  
Трибу  
майбу

[...] Ц  
рост  
рамк  
Триб  
міжн

387.  
Заяв

156 Там  
337 Мс  
юрис,  
Тайде  
Рішен



«зовнішні факти» та фактичні дані свідчать про те, що Довіреності були застосовані з комерційних причин, не пов'язаних з цим арбітражем.<sup>336</sup>

### 3. Аналіз Трибуналу

385. Заява України щодо зловживань процесом стосується повернення непрямих інтересів у компаніях ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ. Питання полягає в тому, чи реструктурували позивачі інвестиції лише для того, щоб отримати юрисдикцію в рамках ДІД.

386. Закон про зловживання процесом був добре викладений Трибуналом у справі *Мобіл (Mobil) проти Венесуели* наступним чином:

«Як заявили позивачі, метою реструктуризації своїх інвестицій у Венесуелі через голландський холдинг був захист цих інвестицій від порушень їхніх прав венесуельською владою шляхом отримання доступу до арбітражу МЦУІС в рамках ДІД. Трибунал вважає, що це була цілком законна мета, оскільки вона стосувалась майбутніх спорів.

[...] Щодо *спорів більш раннього періоду*, ситуація інша, і Трибунал вважає, що реструктуризація інвестицій виключно з метою отримання юрисдикції в рамках ДІД для таких суперечок вважатиметься, зважаючи на висловлювання Трибуналу Фенікса, "зловмисним маніпулюванням системою захисту міжнародних інвестицій в рамках Конвенції МЦУІС та ДІД".<sup>337</sup> [виділення авторське]

387. На думку Трибуналу, друга ситуація не є тим, що сталося в цьому випадку. Заявники висунули обґрунтовані підстави для повторного придбання акцій компанії

<sup>336</sup> Там же, [123].

<sup>337</sup> *Мобіл Корп (Mobil Corp. et al.) проти Республіки Венесуела*, МЦУІС, справа № ARB / 07/27, Рішення про юрисдикцію, 10 червня 2010 р., [204] - [205], ВЮ-80. Цей стандарт також використовувався трибуналом в *Тайдвотер Інк. (Tidewater Inc.) та ін. проти Боліваріанська Республіка Венесуела*, МЦУІС, справа № ARB / 10/5, Рішення про юрисдикцію, 8 лютого 2013 року, [146], ВЮ-102.

Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) компанією Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), яку Україна не змогла оскаржити.

388. Позивачі надали копії Довіреностей,<sup>338</sup> свідчень про позицію Відіанік та Полікарпіко (Polikarpico) в корпоративній структурі Сіті-Стейт Груп (City-State Group) з 2010 року до сьогодні, а також сертифікати акціонерів з 2010 року по теперішній час для обох компаній.<sup>339</sup> Трибунал вважає, що необхідні документи були надані, і не відхиляє пропозицію України зробити несприятливі висновки проти позивачів. Крім того, додаток до наданих документів, пан Каплун також свідчив про причини придбання.<sup>340</sup> Більш важливим є те, що Позивачі подали свідчення Самойленко, яка працювала над потенційним продажем Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico). Вона засвідчила, що Довіреності були введені на корпоративний рівень для потенційного продажу Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) українським покупцям.<sup>341</sup> Коли потенційний продаж Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) відбувся, Довіреності більше не виконували жодних цілей, а Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) повернулися до юридичної власності Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited).<sup>342</sup> Таким чином, її докази підтвердили справжню природу угод, а свідчення були непорушними під час перехресного допиту. У такому випадку Трибунал приймає її докази.

389. Беручи до уваги усе вищевикладене, Трибунал робить висновок, що Україна виконала свого обов'язку щодо доведення зловживань. Немає переконливих доказів, які свідчать про те, що повторне придбання акцій було здійснено лише для того, щоб отримати юрисдикцію в рамках ДІД. Наведені докази свідчать про те, що повторне придбання акцій Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) компанією Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) після припинення дії Довіреностей здійснювалося у звичайних комерційних цілях, та не пов'язане з будь-якою спробою набути юрисдикції ДІД.

<sup>338</sup> Довіреність між Меланія Ревенко та Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), 9 серпня 2013 року, П-222; Довіреність між Михайлом Лещенком та Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), 9 серпня 2013 року, П-223.

<sup>339</sup> Державне право власності на інвестиційні сертифікати 2010 року, П-49; Державне право власності на інвестиційні сертифікати 2013 року, П-50; Теперішнє державне право власності на інвестиційні сертифікати 2013 року, П-50.

<sup>340</sup> Друга заява свідка Ю. Каплуна, 14 березня 2016 року, [4] - [9].

<sup>341</sup> Заява свідків Т. Самойленка, 25 листопада 2016 р. [11] - [18].

<sup>342</sup> Там же.

D. Умо

1. I

390.

ІНВЕС

грома

права

391.

(Polik

2013



## р. Умова безперервного громадянства

### 1. Позиція відповідача

390. Позиція України полягає в тому, що позови, висунуті ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ, не належать нідерландським громадянинам з безперервним громадянством, з дати виникнення позову, як того вимагають принципи міжнародного права, які застосовуються відповідно до ДІД.<sup>343</sup>

391. Україна стверджує, що ці два суб'єкти, Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico), які, у свою чергу, контролюють трьох спів-позивачів, між 2007 та 2 жовтня 2013 року змінили власність п'ять разів.

- (a) З 29 серпня 2008 року до 24 лютого 2012 року обидві компанії належали Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.).
- (b) 24 лютого 2012 року Відіанік (Vidianic) був придбаний українським громадянином пані Ревенко, в той час як Полікарпіко (Polikarpico) був придбаний ще один українським громадянином - паном Лещенко.
- (c) Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), кіпрська компанія, що перебуває під керівництвом Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) в корпоративній структурі групи, придбала Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) 19 березня 2012 року.
- (d) 9 серпня 2013 р. Пан Лещенко та пані Ревенко повторно отримали у власність Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico) відповідно.
- (e) 2 жовтня 2013 року компанія Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited) отримала від пана Лещенка та пані Ревенко компанії Відіанік (Vidianic) та Полікарпіко (Polikarpico).

<sup>343</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 року, розділ VI.

392. Згідно з даними України, трибунал у справі *Лоевен (Loewen)* визначив, що поняття «безперервне громадянство» було закріплено в «історичному поточному міжнародному прецеденті».<sup>344</sup> Хоча автори критикували позицію трибуналу в справі *Лоевен (Loewen)* щодо *dies ad quem* аспекту цього правила, вони також дійшли висновку, що «в інвестиційному арбітражі, безперервне громадянство, якщо це конкретно визначено відповідним договором, ймовірно, не повинно означати щось більше, ніж безперервне громадянство від дати завдання шкоди до дати подання позову».

393. Україна також посилається на зауваження Комісії міжнародного права до «правило про постійне громадянство чітко визначене».<sup>346</sup>

394. У відповідь на аргумент Позивачів про те, що правило безперервного громадянства не є нормою міжнародного права, Україна стверджує, що безперервне громадянство складається з трьох аспектів: громадянство на момент заповнення шкоди (*dies a quo*), громадянство в кінцевій точці (*dies ad quem*) та безперервність між ними.<sup>347</sup> Встановлено, що особа не повинна бути громадянином держави-відповідача під час порушення прав ін. особи (*dies a quo*). Найважливішим аспектом цього правила є громадянство у кінцевій точці.

395. У цьому випадку, за даними України, вимоги безперервного громадянства були виконані. В результаті тримісячного періоду, протягом якого українські громадяни володіли українськими компаніями-позивачами, недоведене нідерландське громадянство ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ і ПРОДІЗ не було безперервним на моменту настання подій, що спричинили позов. Таким чином, ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ і ПРОДІЗ не можуть звертатися за захистом як громадяни Нідерландів.

<sup>344</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 р. [185] з посиланням на *Лоевен Груп, Інк. Енд Релативс (Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen) проти Сполучених Штатів Америки*, МЦУІС, справа № 98/3, Арбітражне рішення, 26 червня 2003 р., [225], доказ ВЮ-30.

<sup>345</sup> С. МакЛачлан (C. McLachlan) та ін., *Міжнародний інвестиційний арбітраж: Основні принципи (2007)*, с. 100, доказ ВЮ-303.

<sup>346</sup> КМП, *Проект статей про дипломатичний захист*, с. 36, доказ ПЮ-92.

<sup>347</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [142].

відповіді  
personae

2. Г

396. І

помилі

ПРАКТ

«безпе

Заяви

КРИС

що юр

пані F

до Д

безпе

397.

тлум:

громад

статт

поси

громад

будь

дипл

стве

кри

3. А

348 К

349 П

Про

350 К



відповідно до ДІД, і Трибунал повинен відхилити всі їхні вимоги через відсутність *ratione persone* юрисдикції.

## 2. Позиція позивачів

396. Позиція позивачів полягає в тому, що аргумент України ґрунтується на помилковому припущенні, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) втрачав контроль над ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ. Заявники проводять грань між «безперервне громадянство» і постійне, формальне, юридичне право власності. Заявники стверджують, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) контролювала ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ у всі відповідний час, незважаючи на те,

що юридичні права на акції в Відіанік (Vidianic) і Полікарпіко (Polikarpico) були передані пані Ревенко і пан Лещенко протягом періоду дії Довіреності. Таким чином, відповідно до ДІД та Конвенції МЦУІС, ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ мали безперервне громадянство Нідерландів.<sup>348</sup>

397. Позивачі також стверджують, що заперечення України є неправильним тлумаченням міжнародного права. Заявники стверджують, що поняття "безперервне громадянство" не визнається нормою міжнародного звичаєвого права, і що проекти статей КМП про дипломатичний захист не підтримують позицію України. Заявники посилаються на коментар КМП, який каже, що «хоча правило безперервного громадянства добре зарекомендувало себе, воно було піддано значній критиці...».<sup>349</sup> У будь-якому випадку, заявники стверджують, що проекти статей КМП про дипломатичний захист стосуються лише дипломатичного захисту. Нарешті, заявники стверджують, що рішення у справі *Лоевен (Loewen) проти США* отримало широку критику з боку видатних письменників і практикуючих арбітрів.<sup>350</sup>

## 3. Аналіз Трибуналу

<sup>348</sup> Контрмеморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 року [112].

<sup>349</sup> Подвійне заперечення заявника проти юрисдикції, 25 листопада 2016 року, [173] з посиланням на КМП, Проект статей про дипломатичний захист, с. 36, доказ ПЮ-92.

<sup>350</sup> Конт-меморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 р. [116] - [129].

398. Більшістю членів Трибуналу було встановлено, що компанія Сіті-Стейт (City-State N.V.) контролювала ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ увесь час, в тому числі, в період між 9 серпня 2013 і 2 жовтня 2013, коли була втрачена Довіреності. Таким чином, увесь встановлений час спів-позивачів контролював Стейт Н.В. (City-State N.V.).

в інш  
Триб  
яких

400. Відпо  
безперерв

399. У будь-якому випадку, Трибунал відмовляється застосовувати принцип безперервного громадянства, який був розроблений в контексті дипломатичної практики. Більш конкретно, Трибунал відмовляється дотримуватися рішення у справі *Loewen* проти США, єдиного на сьогоднішній день рішення, в якому вимірювання "безперервного громадянства" встановлено в контексті претензії щодо інвестиційного договору. Рішення Лоевена широко критикували видатні письменники і професори права, арбітри, і Трибунал з повагою погоджується з наступними критиками проти Лоевена.

Е. Чи є і

1. |

401. По:  
значенні

(a) У справі *Rompetrol (Rompetro) проти Румунії* трибунал зазначив:

«Не бажаючи заглиблюватись в подробиці неоднозначного рішення, Трибунал зазначає, що згадане зауваження є нічим іншим як додатковим поясненням висновку, який трибунал *Loewen (Loewen)* вже зробив, не маючи повноважень права.» Як би це не було, заперечення трибуналу явно неправильне, особливо в міжнародних відносинах це тепер є звичайним явищем, коли держави відмовляються вирішувати встановити за договорами норми поведінки, які вони мають застосовувати як стосовно своїх громадян, так і іноземців, однаковою мірою.

402. Ук  
напрямо:  
МЦУІС, і  
конкрет-

(b) У справі *Berj (Waguih) проти Єгипту* Трибунал встановив, що:

«Рішення трибуналу у справі *Loewen (Loewen)* було предметом інтенсивного вивчення та критики з боку міжнародних науковців та практиків з арбітражу інвестицій. [...] Коментатори також стигматизували застосування Трибуналу правила, розробленого в одному конкретному контексті (дипломатичний

403. У і  
розуміті  
підприє  
майбуті  
остаточ  
Україна  
елемен

<sup>351</sup> *Rompetrol Group N.V. (Rompetro Group N.V.) проти Румунії*, МЦУІС, справа № ARB / 06/3, Рішення про попередні заперечення відповідача щодо юрисдикції та прийнятності, 18 квітня 2008 р., [109], доказ ВЮ

<sup>352</sup> *Berj E*  
Єгипет, с  
<sup>353</sup> Там ж  
<sup>354</sup> Там ж



в іншій області (вимоги щодо інвестиційного договору). Це дійсно свідчить, що Трибунал у справі *Лоевен (Loewen)* не навів жодного доказу на підтримку будь-яких своїх пропозицій стосовно безперервного громадянства»<sup>352</sup>.

400. Відповідно, Трибунал відхиляє заперечення України щодо юрисдикції на основі безперервності громадянства.

## Е. Чи є Депозитний договір «інвестицією» у значенні Конвенції МЦУІС

### 1. Позиція відповідача

401. Позиція України полягає в тому, що Угода про депозити не є «інвестицією» у значенні Конвенції МЦУІС.<sup>353</sup>

402. Україна стверджує, що Трибунал повинен застосувати перевірку у двох напрямках, щоб переконатися: чи відповідає суперечка вимогам статті 25 Конвенції МЦУІС, і чи може вона розглядатись в межах Згоди сторін на арбітраж відповідно до конкретного інвестиційного договору.

403. Україна стверджує, що згідно зі статтею 25 Конвенції МЦУІС під "інвестицією" слід розуміти, у звичайному розумінні, вкладення грошей або інших активів у підприємницьку діяльність з метою (але не гарантовано) отримання доходу від них в майбутньому. Слово "інвестиція" позначає як процес внесення коштів з очікуванням остаточного отримання прибутку, так і активів, створених в результаті цього процесу.<sup>353</sup>

Україна стверджує, що об'єктивне поняття "інвестиції" має включати, принаймні, такі елементи: (i) внесок; (ii) певну тривалість у часі; та (iii) елемент ризику.<sup>354</sup>

<sup>352</sup> Вегі ЕліДжорж Сіг (Waguih Elle George Siag) та Клорінда Вечі (Clorinda Vecchi) проти Арабської Республіки Єгипет, справа МЦУІС ARB / 05/15, Рішення, 1 червня 2009 р., [498], доказ ПЮ-66.

<sup>353</sup> Там же, [196].

<sup>354</sup> Там же, [201].

2. П

404. Україна стверджує, що заявники не змогли продемонструвати значні кошти до підприємницької діяльності на території України [REDACTED]

407. Позивач «інвестиції» відповідає

408. Позивач залежить створюють інвестиції

405. Крім того, Депозитний договір та Додаток не тягнуть за собою ризик, характерний для інвестиції. Україна стверджує, що ця операція схожа на кредит. Проте, це може бути інвестицією, оскільки кошти не призначені для підприємницької діяльності, а лише обмінюються на певну суму грошей, яка має бути погашена в майбутньому. Україна стверджує, що грошові зобов'язання, про які йдеться, відповідно до Додатку до угоди, передбачали не більше ніж класичний комерційний ризик. Згідно з умовами Депозитних договорів, внесені суми формували фіксовану процентну ставку на рівні 16% річних, при цьому відсотки сплачувалися кожні три місяці. Відповідно до умов четвертий депозитний договір був продовжений на один рік, а відсотки, що підлягали сплаті, встановлювалися на рівні [REDACTED] зі щомісячною виплатою.

a. «Г» Депозитні

b. «Г» Сертифікат «претензій» Додаток

c. [REDACTED] статутні статті 1 права в компанії грошові Додаток

406. Україна стверджує, що внесені кошти не мали будь-якого прямого або непрямого зв'язку з будь-яким конкретним бизнес-підприємством на території України [REDACTED] вільно використовувати ці кошти на власний розсуд. Проте, ставка була завчасно встановлена і не коливалася залежно від економічних обставин [REDACTED]

<sup>355</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016, [201]-[203].

<sup>356</sup> Там же, [203].

<sup>357</sup> Там же, [152].



## 2. Позиція Позивачів

407. Позиція Позивачів полягає в тому, що Трибунал повинен розглядати визначення «інвестиції» у ДІД як вирішальне, т.б. як таке, відповідно до умов якого, інвестиція відповідає всім вимогам, за якими вона визначається згідно з Конвенцією МЦУІС.<sup>358</sup>

408. Позивачі стверджують, що стаття 1 (а) ДІД не передбачає, що «інвестиція» залежить від того, чи бере участь інвестор у процесі внесення коштів, які в результаті створюють активи. Широке визначення поняття «інвестиції» у Статті 1 (а) ДІД охоплює інвестиції Позивачів у цьому випадку.

а. «Претензія про виплату грошових коштів» від ПРАКТИКА на підставі прав за Депозитною угодою та Додатком підпадає під дію статті 1 (а) (iii).

б. «Прямі інтереси» КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ і ПРОДІЗ у формі власності на інвестиційні сертифікати Фонду "Київщина" підпадають під дію статті 1 (а) (ii). Крім того, їх непряма «претензія про виплату грошових коштів» на підставі прав за Депозитним договором та Додатком підпадає під дію статті 1 (а) (iii).

с. «Права, отримані від акцій» компанії City-State на підставі володіння часткою статутного капіталу у ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТІ ПРОДІЗ, підпадають під дію статті 1 (а) (ii). Непряме «право участі у компаніях» Сіті-Стейт (City-State) на підставі права власності на інвестиційні сертифікати у фонді «Київщина» через свої дочірні компанії також підпадає під дію статті 1 (а) (ii). Непряма «претензія про виплату грошових коштів» Сіті-Стейт (City-State) на підставі прав за Депозитним договором та Додатком підпадає під дію статті 1 (а) (iii).

<sup>358</sup> Контрмеморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 р. [135] - [136]; Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [194] - [205].

409. Позивачі посилаються на декілька справ, у тому числі, *Inmaris (Inmaris) проти України, Салука (Saluka) проти Чеської Республіки, Митілінес (Mytilineos) проти Греції та Андерсон (Anderson) проти Коста-Ріки* на підтримку їхнього тлумачення застосування слова "актив" у ДІД. Це слово включає прями та непрямі активи, які впливають із Депозитної угоди. Депозитний договір та Додаток, які є результатом реструктуризації великого українського банку, є інвестицією. Така інвестиція, відсотки та основна сума депозиту є чітко захищеними "інвестиціями" в рамках ДІД.

410. Позивачі стверджують, що Трибуналу не потрібно застосовувати умови передумови щодо юрисдикції, яка ґрунтується на існуванні «економічних зв'язків пов'язаних із здійсненням інвестицій». Внесок може існувати у формі грошових коштів, фінансів, але такі платежі не слід плутати з активом, який власне і є самою інвестицією згідно із застосованим формулюванням Договору.<sup>359</sup> Активи - це акції Сіті-Стейт (City-State N.V.), прями та непрямі форми інтересів Позивачів у Договорі про Додатку. Ці активи, безумовно, є «інвестиціями» за умовами ДІД.

411. Якщо Трибунал визнає, що Позивачі мають «інвестиції» згідно зі статтею ДІД, то це встановить його юрисдикцію як у рамках ДІД, так і відповідно до Конвенції МЦУІС. Конвенція МЦУІС не передбачає додаткових вимог.<sup>360</sup>

412. Далі, Позивачі стверджують, що, навіть якщо Конвенція МЦУІС не передбачає додаткових вимог для існування "інвестицій", вони задовольняються. У разі встановлення будь-яких характеристик «інвестицій» для цілей, передбачених у статті 25 (1) Конвенції, повинні розглядатися цілісно в обставинах справи. У всякому разі, існування "інвестицій" або "інвестиційного ризику" є ознаками "інвестиції", а не визначальним фактором юрисдикції Трибуналу.<sup>361</sup>

<sup>359</sup> Контрмеморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 року [161].

<sup>360</sup> Там же, [171].

<sup>361</sup> Контрмеморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 р. [195]; Вторинне заперечення позивачів щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [207].

413. По критеріям тривалос

414. У Позивач походже МЦУІС.

Навіть з яких є п 505 90 «Київщ відкиде Н.В. (С

415. Ц посил: «інвес ствер, як це сплат

3.

і. Чи

<sup>362</sup> ВТ

<sup>363</sup> Та

<sup>364</sup> КС

щодо

<sup>365</sup> ВТ

<sup>366</sup> ВТ

<sup>367</sup> КТ



413. Позивачі стверджують, що інвестиції, а не інвестор, повинні відповідати критеріям.<sup>362</sup> Позивачі стверджують, що їхні інвестиції мали елементи внеску, тривалості та ризику.

414. У відповідь на аргумент України, що самі Позивачі не зробили жодного внеску, Позивачі стверджують, що ряд інвестиційних арбітражних судів підтвердили, що походження коштів не стосується юрисдикції, встановленої відповідно до Конвенції МЦУІС.<sup>363</sup>

Навіть якщо б це було так, то дочірні компанії Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) (одна з яких є позивачем у арбітражному суді) здійснили комбіновані виплати в розмірі 337 505 900 гривень для ТОВ «АКВАТЕРРА-2005» за інвестиційні сертифікати в фонд «Київщина» (і, таким чином, за права на Депозитний договір та додаток).<sup>364</sup> Позивачі відкидають твердження України про те, що Юркевич контролює компанію Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) та ТОВ «АКВАТЕРРА-2005».<sup>365</sup>

415. Що стосується вимоги ризику, Позивачі стверджують, що судова практика, на яку посилається Україна, не передбачає єдиного набору принципів, що відрізняє «інвестиційний» ризик від «комерційного» ризику.<sup>366</sup> У будь-якому випадку, Позивачі стверджують, що вони взяли на себе ризик, коли інвестували в Кредитпромбанк, нехай як цей ризик класифікується. Позивачі інвестували в банк, який інакше не зміг би сплатити АКВАТЕРРА за G-облігаціями до дати дострокового погашення.<sup>367</sup>

### 3. Аналіз Трибуналу

#### і. Чи зробили «інвестиції» Позивачі у розумінні ДІД

<sup>362</sup> Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [233].

<sup>363</sup> Там же, [238] - [241].

<sup>364</sup> Контр-меморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 р. [141]; Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [242].

<sup>365</sup> Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 року, [243] - [249].

<sup>366</sup> Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [254].

<sup>367</sup> Контрмеморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 р. [143].

416. Стаття 1 (а) ДІД визначає «інвестиції» наступним чином:

«Термін «інвестиції» охоплює **всі види активів** і, зокрема, але й не обмеж

- i. рухоме та нерухоме майно, а також будь-яке інше речове п кожного виду активу;
- ii. права, отримані від **акцій, облигацій** та інших видів участі в спільних підприємствах;
- iii. **претензії щодо сплати грошових коштів**, інших активів або якої діяльності, що має економічну цінність;
- iv. права у сфері промислової та інтелектуальної власності, такі як права, патенти, промислові зразки або моделі, торгові марки обслуговування, торгові назви, технічні процеси, гудвіл та ноу-хау які інші подібні права;
- v. права надані в рамках публічного права, включаючи права на дослідження, видобуток або використання природніх ресурсів, а інші права, надані законом, договором або рішенням компетентні відповідно до закону». <sup>368</sup> [виділення авторське]

417. Це, звісно, не вичерпний перелік "всіх видів активів", які можуть ст інвестицію.

418. Розглядаючи звичайне значення цього положення, видається, що відповідають визначенню "інвестиції" у Статті 1 (а) ДІД.

a) [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

419. Д  
що не  
який і  
що пс  
у ДІД

420.  
інстр  
певні  
Триб  
Відп  
двор  
депо

<sup>368</sup> Нідерландсько-український ДІД, П-1.



- б) КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ володіють інвестиційними сертифікатами у ПРАКТИКА. Вартість інвестиційних сертифікатів безпосередньо пов'язана з вартістю чистих активів Фонду, якими керує ПРАКТИКА.<sup>369</sup> При зменшенні вартості чистих активів Фонду, керованого ПРАКТИКА, зменшується і вартість інвестиційних сертифікатів, що належать компанії КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ. Таким чином, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ і ПРОДІЗ мають права, схожі на «права, отримані з акцій» згідно зі статтею 1 (а) (ii) ДІД, і можуть заявити позов про будь-яке знецінення вартості їхніх інвестиційних сертифікатів, спричинене поведінкою України, яке впливає на вартість Депозитного договору (який є активом Фонду, керованого ПРАКТИКА).
- в) Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) володіє акціями ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ і ПРОДІЗ. Таким чином, Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) має «права, отримані від акцій» згідно зі статтею 1 (а) (ii) ДІД і може заявляти позов про будь-яке знецінення вартості своїх акцій в результаті поведінки України.

419. Депозити конкретно не згадуються у списку, але перелік чітко визначений як такий, що не обмежується лише згаданими. Реальне питання полягає в тому, що депозит, про який йдеться, настільки відрізняється від інших активів, перелічених у Статті 1 (а) ДІД, що починають виникати сумніви щодо того, чи було вичерпним визначення "інвестицій" у ДІД.

420. Тут слід зазначити, що стаття 1 (а) (ii) включає облигації. Облигації - це боргові інструменти, за допомогою яких інвестор надає гроші суб'єкту господарювання на певний період часу за змінною або фіксованою процентною ставкою. Більшість членів Трибуналу вважає, що такий опис ідеально відповідає Депозитному договору. Відповідно до Депозитного договору, позивачі надавали Кредитпромбанку гроші на дворічний термін за фіксованою процентною ставкою 16%. Згодом четвертий депозитний договір був продовжений на рік, а фіксована процентна ставка зросла до

<sup>369</sup> Положення про Фонд «Київщина», П-17, розділ 9.9. Розділ 9.9 передбачає, що «розрахована вартість інвестиційного сертифікату визначається як результат розподілу загальної вартості чистих активів на кількість інвестиційних сертифікатів, які знаходяться в обігу на дату розрахунку».

18%. В цьому випадку між природними властивостями облігації та договором існує дуже невелика реальна різниця.

421. Україна стверджує, що статтю 1 (а) ДІД не слід розуміти як таку, що о кожен окремий актив, який відповідає одному з перерахованих прикладів, об інвестицією, що відповідає вимогам ДІД.<sup>370</sup> У ньому йдеться про те, що має бу внесення вкладу з очікуванням отримання прибутку.<sup>371</sup> Однак у самому ДІД сказано.

422. Деякі трибунали висували вимогу щодо процесу внесення коштів за п ДІД, а інші - ні. Трибунал у справі *Vestey (Vestey) проти Венесуели* тлумачив інвестицій відповідно до ДІД, як таке, що означає, що актив, який входить до повинен бути результатом розподілу ресурсів, зроблених інвестором.<sup>372</sup> Вю подібних міркувань, трибунал у справі *KT Asia (KT Asia) проти Казахстану* вст що "активи, перелічені у статті 1 (1) (а) ДІД, є результатом акту інвестуванн передбачають інвестиції в сенсі капіталовкладення ресурсів. Без капіталовкладення ресурсів, майно, що належить Позивачеві, не може бути інве згідно з Конвенцією МЦУІС та ДІД".<sup>373</sup> Іншим рішенням, яке варто згадати, є рі справі *Ромак С.А. (Romak S.A.) проти Узбекистану*, що проводиться з Арбітражними правилами ЮНСІТРАЛ, в яких суд зазначив, що:

"Термін "інвестиції" сам по собі має сенс, який не можна ігнорувати при розгляді що міститься у статті 1 (2) ДІД.

[...] Таким чином, Арбітражний трибунал вважає, що термін "інвестиції" в ДІД невід'ємне значення (незалежно від того, чи інвестор вдається до арбітра судочинства МЦУІС або UNCITRAL), що тягне за собою **внесок**, який триває **пр певного періоду часу** і який включає в себе деякі **ризики** [...]. За своїм харак

<sup>370</sup> Відповідь України на заперечення щодо юрисдикції, 21 червня 2016 р. [177] - [178].

<sup>371</sup> Там же.

<sup>372</sup> *Vestey Group Limited проти Боліваріанської Республіки Венесуела*, 06/4 МЦУІС, Справа № ARB /, Арбітра рішення, 15 квітня 2016 р. [192] ("Відповідно до серії останніх рішень, Трибунал вважає, що ДІД Поняття означає, що актив, що входить до переліку, є результатом розподілу ресурсів, зроблених інвестором."), ВЮ <sup>373</sup> *(KT Asia KT Asia Investment Group BP Investment Group BV) проти Республіки Казахстан*, арбітражне рі [166], ВЮ-110.

типи акти  
якщо акти  
під одну  
Переклад  
оригіналь

423. Ін  
«інвести  
інвестор  
головни  
сам поті

«Але ін  
мають і  
всі віді  
інвести  
юрисди  
внесли  
розра  
Але сі  
Догоє  
плат  
таки  
грош

424.  
про

<sup>374</sup> Ро  
листе  
<sup>375</sup> Ін  
інші  
ПЮ-8  
UNCI



типи активів, перераховані в невичерпному переліку ДІД, можуть мати такі ознаки. Але якщо актив не відповідає властивому визначенню "інвестиції", той факт, що він підпадає під одну з категорій, зазначених у статті 1, не перетворює його на "інвестицію". Переклад з мови оригіналу звучить як «назва ... не замінює аналізу».<sup>374</sup> [Виділення оригінальні.]

423. Інші трибунали зайняли іншу позицію, відмовляючись у подібному визначенні «інвестиції» в рамках ДІД застосовувати будь-яку вимогу щодо внесків, зроблених інвестором. У справі *Inmaris (InmarisO проти України)* Трибунал розсудив, що актив – це, головним чином, те, що придбано в результаті платежу, зробленого інвестором, а не сам потік платежів, що є «інвестицією»:

«Але інвестиції, які повинні бути визначені для встановлення юрисдикції Трибуналу, мають певний характер. Стаття 1 (1) ДІД передбачає, що «термін «інвестиція» включає всі види активів ...». Таким чином, необхідно визначити «актив», який би являв собою інвестицію, що охороняється Договором (за умови дотримання всіх інших вимог щодо юрисдикції). Виплати, визначені позивачами, можуть відображати внески, які вони внесли для отримання або сприяння інвестиціям; насправді, у контексті квантових розрахунків, вони можуть становити «суми, вкладені позивачами» у фінансовому сенсі. Але самі **платіжні потоки не обов'язково є «інвестиціями», які охоплюються Договором. Це актив, придбаний інвестором, як правило, в результаті таких платежів, тобто інвестицій – незалежно від того, чи є він матеріальним, таким як підприємство або нерухоме майно, або нематеріальним, таким як грошові претензії або претензії до виконання.**<sup>375</sup> [Виділення авторське]

424. У справі *Салука (Saluka) проти Чехії*, керуючись аргументом Чеської Республіки про те, що позивач сам «нічого не інвестував» і є «просто каналом зв'язку» (і тому не

<sup>374</sup> *Ромак С.А. (Romak S.A) проти Республіки Узбекистан*, СПС справа № АА280, Арбітражне рішення, 26 листопада 2009 року, [180] та [207], ВЮ-73.

<sup>375</sup> *Інмаріс Перестройка Сейлінг Мерітайм Сервісес ГмБХ (Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH) та інші проти України*. МЦУІС, справа № АRB / 08/8, Рішення щодо юрисдикції, 8 березня 2010 року, [101], доказ ПЮ-87; див. також *Салука Інвестментс БВ (Saluka Investments BV) (Нідерланди) проти Чеської Республіки*, UNCITRAL, Часткове рішення, 17 березня 2006 року, [211], доказ ПЮ-50.

задовольняє визначеності терміна "інвестиції" в інвестиційному Договорі (якщо застосовується), арбітражний трибунал ухвалив: порятунок інвестор

«В більшості, цей аргумент створений для заміни визначення терміна «інвестиції» в Статті 2 Угоди на визначення, що в більшій мірі орієнтоване на економічні заходи пов'язані з здійсненням інвестицій. 428. У кошти і дозвол неправ

Проте юрисдикція Трибуналу керується статтею 1 Договору, де не йдеться про введення до визначення поняття "інвестиції" значення, яке цей термін має в як економічний процес, у значенні внесення істотного значення внесоку в місцеву економіку або благополуччя компанії». <sup>376</sup> [Виділення авторське] бізнес зазвич бізнес, в обмі

425. Трибунал у справі *Mitilíneos (Mytilíneos) проти Сербії* погодився з висновком трибуналу у справі *Салука (Saluka) про Чехії*.<sup>377</sup> 429.

426. У цій справі більшість членів Трибуналу вважає, що їм не потрібно вибирати цими різними підходами для розгляду аргументів України. На думку більшості, якщо й існувала вимога про те, що Позивачі мали зробити внесок, вона була задана відповідно до фактів справи. Арбітр Стерн вважає, що: по-перше, на теоретичному рівні існує вимога внеску до економічного підприємства, як згідно з ДІД, так і згідно з Конвенцією МЦУІС, оскільки це властиве концепції інвестицій; по-друге, на фактичному і фактичному рівні такого вкладу в економічне підприємство не було. 430. заяв (ii) 431.

427. Більшість Трибуналу вважає, що коли розглядати всі факти цілісно, дивлячись не тільки на умови Депозитного договору, а й на фактичний контекст, в якому укладений, очевидно, що Позивачі робили інвестиції в проблемний бізнес (Золотий Кредитпромбанк) з метою отримання від нього прибутку в разі, якщо діяльність «Юр безг Дого 432 прс що

<sup>376</sup> *Салука Інвестментс БВ (Saluka Investments BV) (Нідерланди) проти Чехії, UNCITRAL, Часткове рішення* від 18 березня 2006 р., [210] - [211], доказ ПЮ-50. 378 € прс

<sup>377</sup> *Мітілінеос Холдінгс С.А. (Mytilíneos Holdings S.A) проти Державного союзу Сербії та Чорногорії та Республіки Сербія, ЮНСІТРАЛ, Часткове рішення щодо юрисдикції, 8 вересня 2006 року, [127], [129] та [130], доказ ПЮ-50.*



порятунку банку була б успішною. Це не є рідкістю для проблемних підприємств шукати інвестора, щоб вкласти кошти в проблемних бізнес в прагненні його зберегти.

428. У такій ситуації існує значна кількість ризиків. Проте сторона, яка вливає нові кошти в бізнес, робить розрахунки, що вливання може допомогти врятувати бізнес і дозволити йому вижити і, можливо, процвітати згодом. Якщо цей розрахунок неправильний, інвестор може втратити більшість, якщо не всі вкладені кошти, тому що бізнес може стати неплатоспроможним. Якщо цей розрахунок є правильним, інвестор зазвичай очікує хорошого повернення в обмін на ризик, який він прийняв. Проблемний бізнес, як правило, готовий запропонувати інвестору можливість хорошого повернення в обмін на інвестиції у здійснення порятунку та відновлення невдалого бізнесу.

429. Більшість Трибуналу робить висновок, що саме це й відбувалося тут.

430. Беручи до уваги усе, викладене вище, більшість Трибуналу робить висновок, що заявники зробили «інвестицію» в рамках ДІД.

(ii) Чи зробили «інвестиції» Позивачі відповідно до Конвенції МЦУІС

431. Стаття 25 (1) Конвенції МЦУІС передбачає, що:

«Юрисдикція Центру поширюється на будь-який правовий спір, що виникає безпосередньо через інвестиції, між Договірною державою ... і громадянином іншої Договірної Держави, яку Сторони спору письмово погоджуються подати до Центру».

432. Стаття 25 Конвенції МЦУІС не конкретизує визначення поняття "інвестиція" і просто описує вид спору ("правовий спір, що виникає безпосередньо щодо інвестиції"), що підпадає під юрисдикцію Центру.<sup>378</sup> Як наголошувалося, доповідь виконавчих

<sup>378</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [171]; Вторинне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [204].

директорів Світового банку, що додається до остаточної редакції Конвенції, відображає це, вказуючи на те, що:

«Не було зроблено жодної спроби визначити термін «інвестиція», враховуючи суттєві вимоги щодо згоди сторін, і механізму, чергою Договірні держави можуть заздалегідь повідомляти, якщо вони хочуть, про класи спорів, які вони хотіли б мати можливість (або не хотіли б) розглянути, надсилаючи до Центру. (Стаття 25(4))».<sup>379</sup>

433. Тим не менш, багато хто із Трибуналу висловили думку, що стаття 25 Конвенції МЦУІС накладає «об'єктивне» значення терміна «інвестиція», яке повинно виконано на додаток до визначення «інвестиція» узгоджені Державами-Сторонами своїх договорах. Отже, ці трибунали застосовують так званий «двоствольний» підхід, щоб визначити, чи існує «інвестиція».<sup>380</sup> Згідно з цим підходом, для встановлення юрисдикції Трибуналу слід чітко визначити дефініцію "інвестиції" в рамках об'єктивний критерій "інвестиції" відповідно до статті 25 Конвенції МЦУІС.

434. Інші трибунали дотримуються іншої думки: оскільки стаття 25 Конвенції може передбачати "об'єктивне" значення терміну "інвестиції", це "об'єктивне" визначення не обов'язково перевершує узгоджене сторонами визначення "інвестиції" в їхньому договорі. Натомість узгодженому сторонами визначенню «інвестиції» у їхньому договорі має бути приділено значну вагу та повагу.<sup>381</sup> У цьому сенсі «об'єктивні» критерії для терміну «інвестиції» не є обов'язковими умовами

<sup>379</sup> Конвенція, положення та правила МЦУІС, Доповідь виконавчих директорів щодо Конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами та громадянами інших держав, 18 березня 1965 року, [23] та [27].  
<sup>380</sup> Див., наприклад, справу *Глобал Трейдінг Ресурс (Global Trading Resource) проти України*, Рішення Трибуналу, [43], доказ ВІО-83; Тото Конструкціоні Генералі СПА (Toto Costruzioni Generali SPA) / Ліванська Республіка, МЦУІС справа № ARB / 07/12, Рішення щодо юрисдикції, 11 вересня 2009 року, [66], доказ ВІО-72; *Весті Груп Лімітед (Vestey Group Limited) проти Боліваріанської Республіки Венесуела*, МЦУІС справа № ARB / 06/4, Рішення Трибуналу, квітня 2016 року, [181], доказ ВІО-331; *Чехословацький торговий банк А.С. (Ceskoslovenska Obchodni Bank) проти Словацької Республіки* МЦУІС справа № ARB / 97/4, Рішення Трибуналу щодо юрисдикції, 24 травня 2001 року, [68], ПЮ-86.

<sup>381</sup> *Інмаріс Перестройка Сейлінг Мерітайм Сервісес ГмБХ (Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH) проти України*, МЦУІС справа № ARB / 08/8, Рішення щодо юрисдикції, 8 березня 2010 р. [130] - [131], ПЮ-87; *Альфа Проджектхолдінг ГмБХ (Alpha Projektholding GmbH) проти України*, МЦУІС, Справа № ARB / 09/1, Рішення, 8 листопада 2010 року, [314] - [315], ПЮ-146.

повин  
догов

435.  
висно  
левні

436.  
капіт  
щоб  
дозв  
інвес  
в ізо  
Кред  
пого  
влия  
була  
фак

437  
сам  
Юр  
пох  
арг  
не  
пит

438  
те,  
та



здакції Конв

повинні бути виконані на додачу до визначення поняття «інвестиції» в рамках даного договору.

1 термін механізму, яти, якщо сливість (аб 4))» 379

435. На думку більшості Трибуналу, ця розрізненість думок не призведе до іншого висновку у цій справі, оскільки, у будь-якому випадку, три критерії (i) внесок капіталу, (ii) певна тривалість і (iii) елемент ризику по факту мають місце.

ю стаття 25, яке пов кавами-Сто воствольни, для вст і" в рамках ІЦУІС.

436. По-перше, на думку більшості Трибуналу, заявники фактично зробили внесок капіталу шляхом вливання коштів у Кредитпромбанк. Кошти були необхідні для того, щоб Кредитпромбанк мав змогу реструктуризувати свої боргові зобов'язання та дозволити Кредитпромбанку уникнути дефолту через борги. Як було зазначено вище, інвестиції в проблемний бізнес це природньо. Депозитний договір не може розглядатися в ізоляції і повинен бути оцінений в повному фактичному контексті. У тому контексті, що Кредитпромбанк перебував у скрутному стані та потребував коштів. Позивачі погодилися вкласти кошти в Кредитпромбанк у спробі допомогти врятувати банк. Це вливання склало внесок капіталу, хоча й було структуроване як Депозитний договір. Це була справжня угода; вважати це лише банківським депозитом означало б ігнорувати фактичний контекст, чого Трибунал зробити не може.

5 Конвенці це "об значення значенню овагу.<sup>381</sup> у ми умова

437. Трибунал відзначає твердження України про те, що кошти не були власністю самих Позивачів, оскільки вони залишалися у власності та під контролем пана Юркевича.<sup>382</sup> Більшість Трибуналу вважає це твердження несуттєвим, оскільки походження коштів не має значення для цілей пошуку інвестицій. Трибунал приймає аргумент Позивачів про те, що будь-яка потреба у внеску прив'язується до інвестиції, а не до громадянства того, хто робить внесок. Громадянство інвесторів, що є окремим питанням, вже було визначено вище більшістю Трибуналу.

і про врегу 3] та [27], П шення Триб еспубліка, М ті Груп Лі , Рішення, 2 подні Bank, 24 травня

438. У будь-якому випадку, більшість Трибуналу вважає, що твердження України про те, що кошти не були власністю самих Позивачів, оскільки вони залишалися у власності та під контролем Юркевича, не було обґрунтовано доказами. Очевидно, меншість

nvices Gmi 10] - [131], а а № ARB/

<sup>382</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 року, [194] - [203].

Трибуналу сприйняла твердження України широкомасштабною, виявивши, що АКВАТЕРРА не є просто третьою стороною у договорі, а іншою компанією «Юркевича»<sup>383</sup>.

439. Однак більшість Трибуналу вважає, що більш глибоке вивчення висунутих обома сторонами, показує, що не було жодних доказів того, що володів або контролював Акватерру 5 липня 2010.

440. Україна посилається на докази, за якими корпоративна структура АКВАТЕРРА підтверджує, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) та АКВАТЕРРА є частиною корпоративної структури, бенефіціаром якої є пан Юркевич.<sup>384</sup> Проте, спроби Позивачів показали, що фактично не було доказів, які свідчать про те, що володів або контролював компанією АКВАТЕРРА у зазначений час.<sup>385</sup>

441. Україна стверджувала, що пан Юркевич мав контрольний пакет АКВАТЕРРА у 2005 році завдяки своїй участі в компанії під назвою ТОВ «Малка-Транс».<sup>386</sup> На підтвердження своєї аргументації Україна посилається на заяву Мікліленд (Milkiland), яка датується 2016 роком, щоб показати, що Мікліленд (який нібито належав Юркевичу) належав ТОВ «Малка-Транс», що у свою чергу володіла компанією АКВАТЕРРА.<sup>387</sup> Проте, цей доказ не відображав володіння Мікліленд ТОВ «Малка-Транс» у 2005 році. Згідно з доказом, поданим до Трибуналу у 2005 році єдиним акціонером та директором ТОВ «Малка-Транс» був пан Олександр Юрійович Тітов, а не Юркевич або компанія під назвою «Мікліленд» (яка належить Юркевичу).<sup>388</sup> Таким чином, твердження України про те, що пан Юркевич володіє більшою часткою акціонерного капіталу АКВАТЕРРА, не має підтверджень.

<sup>383</sup> Окрема думка Бріджит Стерн, [104]

<sup>384</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [201] [203].

<sup>385</sup> Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 року, [243] - [251].

<sup>386</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [202].

<sup>387</sup> Мікліленд Н.В. (Milkiland N.V.), Попередній висновок (перший квартал 2016 року), стор. 11-12, доказ П-338.

<sup>388</sup> Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [244]; ТОВ "Малка Транс" - відомості в Державного реєстру, 7 квітня 2005 року, доказ П-338.

442.  
єдини  
Syste  
чергу  
Трибу  
Syste  
коли  
Такі д  
року  
С.А.  
(Milk  
443.  
назва  
контр  
жодн  
Відпс  
Кома  
жодн  
444.  
MSG  
конт  
389 Від  
390 Втс  
Ньюкс  
391 Втс  
«АТ «,  
392 Від  
«АКВ/  
2007 |  
доказ  
393 Втс  
компі  
394 ТО  
травн  
395 Ви  
інвес  
інвес



442. Крім того, Україна стверджувала, що з 30 грудня 2008 року до червня 2015 року єдиним акціонером АКВАТЕРРА була компанія Ньюхолм Системз С.А. (Newholm Systems S.A), яка була на 100% акціонерною групою Мілкіленд (Milkiland), яка, у свою чергу, перебувала під контролем Юркевича.<sup>389</sup> Однак, згідно з доказами, наданими до Трибуналу, група Мілкіленд (Milkiland) придбала Ньюхолм Системз С.А. (Newholm Systems S.A) від іншої компанії, Каскаодо АГ (Cascaodo AG), лише 19 січня 2016 року,<sup>390</sup> коли Ньюхолм Системз С.А. (Newholm Systems S.A) вже не володіла АКВАТЕРРА.<sup>391</sup> Такі докази суперечать твердженню України, що з 30 грудня 2008 року по червень 2015 року єдиним акціонером, якому належить 100% акцій АКВАТЕРРА, Ньюхолм Системз С.А. (Newholm Systems S.A), був пан Юркевич (через свою компанію Мілкіленд груп (Milkiland group)).

443. Україна також прагнула посилатися на докази того, що суб'єкт господарювання з назвою ТОВ «Українська компанія з інвестиційного управління активами», під контролем Юркевича, володів акціями АКВАТЕРРА та КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ.<sup>392</sup> Однак жодних доказів того, що пан Юркевич контролював цю організацію не було.<sup>393</sup> Відповідно до доказів, наданих до Трибуналу, ця юридична особа повністю належить Комаревичу Сергію Васильовичу та Комаревичу Олександрю Васильовичу,<sup>394</sup> і не було жодних доказів того, що пан Юркевич контролював цих осіб.

444. Україна також вказала на докази того, що: (а) директор компанії ТОВ «АВЕРС МСГ» згодом став директором компанії під назвою ТОВ «КИЇВОБЛБУД-1», яка контролювалася Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.);<sup>395</sup> б) генеральний директор

<sup>389</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [202].

<sup>390</sup> Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [248]; Угода про купівлю акцій Ньюхолм (Newholm), 19 січня 2016 року, доказ П-354.

<sup>391</sup> Вторинне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 року [248]; ТОВ «Акватерра-2005» та ВАТ «АКВАТЕРРА» - витяг з Державного реєстру, 31 жовтня 2016 року, доказ П-339.

<sup>392</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [202]; Структура власності ВАТ «АКВАТЕРРА» - SMIDA, 1 квартал 2007 року, доказ П-340; Структура власності ВАТ «АКВАТЕРРА» - SMIDA, 2 квартал 2007 року, доказ П- 341; Виписка з Державного реєстру акціонерів ТОВ «КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ», 24 травня 2007 року, доказ В-7.

<sup>393</sup> Вторинне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [245]; ТОВ «Українська інвестиційна компанія з управління активами» - витяг з Державного реєстру, 1 травня 2007 року, доказ П-344.

<sup>394</sup> ТОВ «Українська інвестиційна стандартна компанія з управління активами» - витяг з Державного реєстру, 1 травня 2007 року, доказ П-344.

<sup>395</sup> Виписка, що показує акціонерів ТОВ «КИЇВОБЛБУД-1», 31 травня 2012 року, доказ В-134; Власники інвестиційних сертифікатів Сіті Стрейт (City State) станом на липень 2010 року, доказ П-49. Див. також Власники інвестиційних сертифікатів City State 2013 року, доказ П-50.



АКВАТЕРРА також був генеральним директором компанії під назвою «УКРПРОДТЕХМАШ», української компанії, створеної іншою компанією - КОМПАНІЯ «АКСЕЛ МЕНЕДЖМЕНТ ІНК.», яку нібито контролював і володів пан Юркевич.<sup>396</sup> Позивачі справедливо зазначили, що такі докази не свідчать про те, що пан Юркевич володів або контролював АКВАТЕРРА або Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), зокрема з позицією України полягає в тому, що вона вимагає, щоб Трибунал зробив висновок, що пан Юркевич володів і контролював АКВАТЕРРА, на основі необгрунтованого припущення, що пан Юркевич призначив і здійснював контроль над генеральним директором АКВАТЕРРА, який також був генеральним директором іншого підприємства господарювання, створеного іншою організацією, яка, як стверджується, перебувала під контролем Юркевич. Однак більшість Трибуналу не може зробити висновок на основі припущення. Крім того, сам факт, що один директор дочірньої компанії Сіті-Стейт Н.В.(City-State N.V.) також був директором іншої компанії, яка, нібито, перебувала під контролем паном Юркевичем, є недостатнім доказом того, щоб Трибунал зробив висновок про те, що пан Юркевич контролював Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) враховуючи докази (обговорених вище), які показали, що рада директорів Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), солідарно здійснювала контроль над Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.). Крім того, сам факт, що пан Каплун і пан Мардер представляли АКВАТЕРРА в Сіті-Стейт Н.В.(City-State N.V.) в ході реструктуризації Кредитпромбанку є недостатнім доказом, аби довести, що пан Юркевич володів або контролював Aquaterra та Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.).

445. Коли всі докази, висунуті обома сторонами, розглянуто детально, твердження України про те, що пан Юркевич володів або контролював АКВАТЕРРА, не підтверджується. Також не було жодних доказів, які свідчать про те, що гроші, перераховані дочірніми компаніями Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) до АКВАТЕРРА, інвестиційні сертифікати Фонду, були грошовими коштами, якими володіє і контролює пан Юркевич.<sup>398</sup> Отже, більшість Трибуналу переконана, що заявники фактично зробили внесок капіталу шляхом вливання коштів у Кредитпромбанк.

<sup>396</sup> Виписка, що показує акціонерів ВАТ «Акваатerra», В-63; Виписка що показує акціонерів ТОВ «УКРПРОДТЕХМАШ» (9 червня 2015 року), доказ В-64; Проспект Мілкіленд Н.В. (Prospectus Milkiland N.V.), с. 135, В-60.

<sup>397</sup> Вторинне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [249].

<sup>398</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [201] - [203].

446.  
три р  
згодс  
КОНТ  
трива  
доста  
447.  
з ели  
укла  
Йогс  
згод  
Кред  
зобс  
знач  
Кре,  
Кре,  
448  
про  
би  
осс  
кап  
нег  
від  
ба  
пр  
399  
400  
тр  
401  
Ре  
14



446. По-друге, тривалість вливання капіталу була спочатку на два роки і, зрештою, на три роки. Як стало відомо, Депозитні угоди були укладені спочатку на два роки.<sup>399</sup> Згодом, згідно з Додатком, четвертий Договір про депозит було продовжено на рік.<sup>400</sup> Контракти за аналогічні періоди часу вважаються такими, що задовольняють вимогу про тривалість інвестиції.<sup>401</sup> Таким чином, інвестиції в даному випадку мали певну і достатню тривалість.

447. По-третє

Знову ж таки, важливо не забувати про контекст, в якому були укладені Депозитні угоди. серйозних фінансових труднощів. Його життєздатність була далекою від чіткості, і саме в цій ситуації він вимагав і отримав згоду позивачів щодо надання коштів на допомогу в яку проходив Зокрема, кошти були необхідні для забезпечення постійного зобов'язання первинних іноземних кредиторів. Це передбачало фінансуванні, зрештою, йшлося про саме виживання. Саме в цьому контексті позивачі погодилися вкласти гроші в

448. Таким чином, для більшості Трибуналу є зрозумілим, що це не була ситуація простого банківського депозиту. Якби це був лише депозитний симплік, Трибунал мав би великі вагання щодо того, чи задовольняє він «об'єктивні» критерії інвестицій, особливо третій критерій ризику. Проте це не так. Інвестиція тут полягала у вкладенні капіталу до проблемного банку з метою допомогти йому уникнути неплатоспроможності. Це був економічний захід, а не просто депозит для отримання відсотків. Отже, ризик участі Позивачів був ризиком того, що зусилля з реструктуризації банку можуть не допомогти вберегти банк від неплатоспроможності, і що порятунок проблемного банку може зазнати невдачі. Успіх або невдача залежали, зокрема, від

<sup>399</sup> Депозитний договір (з виправленим перекладом);

<sup>400</sup> Депозитний договір, (з виправленим перекладом); Додаток до Депозитного договору, 17 травня 2012 р., доказ П-16 (з виправленим перекладом).

<sup>401</sup> *Beindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. (Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S) проти Ісламської Республіки Пакистан*, МЦУІС, справа № ARB/03/29, Рішення щодо юрисдикції, 14 листопада 2005 р., [133], ПЮ-14.



економічних обставин, що не контролюються Сторонами. Якщо банк вистоят будуть добре винагороджені.

Однак, якщо банк зазнав невдачі, заявники втратять кошти, які вони ввели в був ризик, який понесли позивачі, а не лише договірний ризик невиклат, як с Відповідач.

449. Сторони посилалися на різні авторитетні джерела на підтримку своо щодо того, чи є позика "інвестицією" або не є такою. Це не було особливо оскільки називання / характеристика депозитного договору як позики чи ні більшість висновків Трибуналу.

450. Трибунал визнає, що позика сама по собі не може бути інвестицією. коментаторів відзначили, що там, де погашення кредиту «пов'язане з е економічних умов або залежить від результатів, досягнутих за допомогою у було використано для фінансування», це може бути інвестицією.<sup>402</sup> Таким чином необхідно аналізувати в контексті всієї інвестиції.

451. Професор Мансі пояснює взаємозв'язок між «позикою» та «інвес наступним чином:

«Економічний ризик [який є притаманним інвестиції] не означає, заробити бл меншу вигоду від даної операції; **економічний ризик впливає з невизна щодо того, чи буде успішно виконаний проект** (і чи буде повернуто призначені для проекту), і ця невизначеність виникає через кількість часу, нео для нарощування та виконання проекту. Таким чином, критерії ризику ду пов'язані з критеріями тривалості: саме тому, що інвестиція є середнь довгостроковою операцією, її успіх стає більш ризикованим з плином

<sup>402</sup> A. Gilles, la définition de l'investissement international (2012), [358], (переклад юрисконсульту. Оригінальний текст французькою: "La question d'intégrer les prêts dans la catégorie des investissements est, en elle-même, à controverse, parce que ce type d'opération fait, a priori, disparaître le risque encouru par l'investisseur. Par le prêt comporte un faible aléa économique, car, 'à moins que le remboursement d'un prêt ne soit indexé sur l'évolution de la conjoncture économique ou fonction des résultats de l'opération qu'il finance, le prêteur connaît à l'avance et le montant des remboursements [...] auxquels doit procéder l'emprunteur.' Or, [...], le risque fait partie des risques clairement identifiés par les arDIDres pour qualifier une opération d'investissement au sens de la Convention de Washington.", доказ ВЮ-315.

виникнен  
приводит  
CSOB].

економі  
якої бул  
основна  
єдиним,  
і це не є

452. У

"Таким ч  
принайм  
кредитн  
підприє

453. Кі  
повинна

<sup>403</sup> S. Man  
d'activité d  
translation  
le biais de  
rémunérat  
l'exécutor  
investisser  
et la survei  
qualificati  
moins que  
résultats d  
intérêts) a  
prêteur »]  
<sup>404</sup> 405 E. C  
текст: "Trc  
aléas de l'  
l'entrepris



виникненням подій або змін, які не були передбачені інвестором. Цей аналіз приводить до відмови вважати інвестиціями розглянуті у справах кредити [Fedax і CSOB]. Дійсно, **якщо погашення кредиту не індексується на основі зміни економічного клімату або залежить від результату операції, на фінансування якої була спрямована позика**, кредитор заздалегідь знає дату та суму виплат (як основна сума, так і відсотки), що позичальник зобов'язаний сплатити. У такому випадку **єдиним ризиком, який може мати [кредитор], є ризик несплати заборгованості, і це не є економічним ризиком**.<sup>403</sup> [авторське]

452. У подібному дусі професор Еммануель Гайяр підкреслює ризик як відмінну рису: "Таким чином, потрібні три елементи: внесок, тривалість і той факт, що інвестор несе, принаймні частково, **ризик венчурного бізнесу** [...]. Згідно з цим поглядом, проста кредитна компенсація, яка **жодним чином не залежить від успішності підприємницької діяльності**, не кваліфікується як інвестиція".<sup>404</sup> [Курсив додано.]

453. Кілька трибуналів встановили, що для того, щоб позика була інвестицією, вона повинна сприяти економічному підприємству, що складається з інвестицій.

а. У справі *МНСС (MNSS) та Рекуперо Кредіто Акціо Н.В. (Recupero Credito Acciaio N.V.) проти Чорногорії* Трибунал встановив, що кредит був включений до визначення «інвестицій» у договорі. Трибунал також визнав,

<sup>403</sup> S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats: trente années d'activité du CIRDI* (2004), pp. 75-76 (Переклад юриконсульта. Оригінальний текст французькою: (Counsel's translation; original French text: "Le risque économique n'est pas celui de réaliser une plus ou moins bonne affaire par le biais de la transaction en cause ; il réside dans l'incertitude qui affecte la réussite du projet entrepris (et la rémunération de l'apport fait au projet), cette incertitude découlant du délai nécessaire à la mise sur pied puis à l'exécution de ce projet. Le critère du risque est alors étroitement lié au critère du temps : c'est parce qu'un investissement est une opération à moyen ou long terme que sa réussite est rendue risquée par l'écoulement du temps et la survenance d'événements ou d'évolutions non prévues par l'investisseur. Une telle conception amène à refuser la qualification d'investissement aux prêts litigieux dans les deux dernières affaires étudiées [Fedax et CSOB] : en effet, à moins que le remboursement d'un prêt ne soit indexé sur l'évolution de la conjoncture économique ou fonction des résultats de l'opération qu'il finance, le prêteur connaît à l'avance la date et le montant des remboursements (capital et intérêts) auxquels doit procéder l'emprunteur. Seul le risque d'impayés est ici encouru par l'emprunteur [sic; lire : « prêteur »] et il ne s'agit pas d'un risque économique."), доказ ВЮ-34.

<sup>404</sup> 405 E. Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI* (2004), p. 479 (Перевд юриконсульта; оригінальний французский текст: "Trois éléments sont donc requis: l'apport, la durée et le fait que l'investisseur supporte, au moins en partie, les aléas de l'entreprise [...] Dans une telle conception, un simple prêt dont la rémunération ne dépend en rien du succès de l'entreprise ne peut être qualifié d'investissement."), доказ ВЮ -35.



що "в контексті Конвенції [МЦУІС] позика сама по собі не є інвестицією, щоб вважатись інвестицією, вона **повинна сприяти економічному розвитку підприємства, що складається з інвестиції**".<sup>405</sup> [додає.]

b. У справі ЦСОВ (CSOB) проти Словацької Республіки позика є інвестицією, оскільки суд визнав, що вона є частиною економічної операції з реструктуризації та розвитку ЦСОВ (CSOB) і встановив, що:

«Таким чином, кредити як такі не виключаються з поняття інвестицій відповідно до статті 1 (1) ДІД. Однак не впливає, що будь-яка позика та, зокрема, кредит, наданий ЦСОВ (CSOB) словацькій колекторській компанії, відповідає вимогам інвестиції відповідно до статті 25 (1) Конвенції чи, в цьому відношенні, згідно зі статтею 1 (1) ДІД, яка стосується про "актив, інвестований або отриманий інвестором однієї Сторони на території іншої Сторони".

...

Договірна схема, закладена в Угоді про консолідацію, показує, однак, що **кредити ЦСОВ (CSOB) Словацькій колекторській компанії тісно пов'язані з усіма іншими операціями, пов'язаними з реструктуризацією ЦСОВ (CSOB) і не можуть бути відокремлені від них.**

...

Основною особливістю Угоди про консолідацію не була фінансова консолідація ЦСОВ (CSOB) як такої, а **розвиток ролі та діяльності ЦСОВ (CSOB) в республіках**<sup>406</sup>. [виділення у тексті - авторське]

c. У справі Семпра (Sempra) проти Аргентини (цитований у справі МНСС (MNSS) та Рекуперо Кредіто Акціо Н.В. (Recupero Credito Accionario) проти Чорногорії) суд встановив, що:

<sup>405</sup> МНСС Б.В. (MNSS B.V.) проти Чорногорія, Арбітражне рішення, [196], доказ ВІО-332

<sup>406</sup> Чехословацький торговий банк А.С. (Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS) проти Республіки Словенія, справа No. ARB/97/4, Рішення Трибуналу щодо заперечень проти юрисдикції, 24 травня 1999, [77], [80] та доказ ПІО-86.

«Відг  
прав  
світл  
коме  
Май  
спер  
Відп  
зазв  
буду  
веко  
зобо  
фіне  
одні  
фіне  
мож

[...]

У п.  
мел  
з за

«Не  
чіт

<sup>407</sup> Се  
ARB/



«Відповідно до широкого визначення інвестицій, що міститься в Договорі, кредити, як правило, розглядаються як захищені інвестиції. Трибунал уважно розглянув, чи було у світлі справи *Джой Майнінг (Joy Mining)*, в якій було розмежовано різницю між чисто комерційною операцією та Трибунал уважно розглянув, чи можна у світлі справи *Джой Майнінг (Joy Mining)*, в якій проводилося розмежування між суто комерційною операцією та інвестицією, виникнути ситуація, в якій кредити могли, як стверджує Відповідач, вважатись комерційною операцією, яка не відрізняється від тієї, яка зазвичай здійснюється фінансовими установами, і яка призведе до того, що позики не будуть кваліфікуватися як частина інвестицій. Незважаючи на те, що комерційні папери, векселі, облігації та оборотні інструменти, не відрізняються від видачі будь-яких інших зобов'язань, вони все ще були зроблені кваліфікованим інвестором як **замінник фінансових зобов'язань, які раніше виконувалися в контексті фінансування однієї і тієї ж інвестиції. Такі кредити фактично були частиною продовження фінансування інвестицій**, і були введені в момент, коли лише інвестор мав можливість зробити їх.

[...]

*У тій мірі, в якій кредити були надані у зв'язку з легітимною комерційною метою, оскільки вони насправді такими були, немає підстав для їх виключення з захищеного інвестування».*<sup>407</sup>

d. У справі *Поштовий Банк (Poštová Banka) проти Греції*, суд також встановив, що підписка на облігації повинна бути пов'язана з процесом створення вартості, щоб становити інвестицію:

«Інвестиція, в економічному сенсі, **пов'язана з процесом створення вартості, що чітко відрізняє її від продажу**, що є процесом обміну цінностями або підпискою на

<sup>407</sup> Семпра ЕнерджиІнтернешнл (Sempra Energy International) проти Республіки Аргентина, МЦУІС, справа No. ARB/02/16, Арбітражне рішення, 28 вересня 2007, [214]-[215], доказ ПЮ-221.

суверенні облигації, що також є процесом обміну цінностей тобто надання грошей на певну суму грошей у відповідь".<sup>408</sup> [Курсив додано]

У справі Тенаріс (Tenaris) проти Венесуели, після приватизації металургійної промисловості Венесуели, філія Тенаріс (Tenaris) разом з іншою компанією СІДОР (SIDOR), успішно подала заявку на активи ПосВен (PosVen). Тенаріс (Tenaris) і СІДОР (SIDOR) заснували компанію Матесі (Matesi) для придбання активів ПосВен (PosVen). Витрати на придбання активів та початкові витрати на компанію Матесі (Matesi) частково фінансувалися за рахунок позик від Тальта (Talita) та СІДОР (SIDOR). СІДОР (SIDOR) і Тальта (Talita) уклали угоду про придбання виробництва гарячого брикетованого заліза ("Off-Take Agreement"). Трибунал застосував тест "комбінованого ефекту" та "перевірку цілісності" і встановив, що:

"Що стосується позики Тальта (Talita), то із свідoctва, наданому до Трибуналу, зрозуміло, що в контексті інвестиційного договору, зобов'язання Тальта перерахувати 60 мільйонів доларів США на **фінансування купівлі активів ПосВен (PosVen) та сприяти витратам на їх реконструкцію** є **критично важливим для здійснення інвестицій в Матесі (Matesi)**.

[...]

Вона переконує, що позика Тальта (Talita) була більш, ніж простою підтримкою придбання позивачами НВІ у Матесі (Matesi), як стверджувала Венесуела. **метою було забезпечити придбання активів ПосВен (PosVen) та фінансувати ресурси на початкові витрати.** На думку Трибуналу, позика Тальта кваліфікується як «інвестиція» сама по собі відповідно до положень статті 454.

454.  
ціліс  
пере  
ціліс  
пере

455.  
цій  
що  
оскі  
"акт  
ств

<sup>408</sup> Поштовий банк, а.с. (Postová banka, a.s.) and ІСТРОКАПІТАЛ СЕ (ISTROKAPITAL SE) проти Греції, МЦУС/10/2015, No. ARB/13/8, Рішення, 9 квітня 2015, [361], доказ ПЮ-122 (примітки опущені).



договорів Люксембургу та Португалії. Але навіть якщо це було не так, Трибунал переконався, що **це було важливим елементом "інвестицій" позивачів у Матесі (Matesi).**

[...]

Трибунал приймає заяву Венесуели про те, що Угода про невиплату заборгованості не є «інвестицією» сама по собі. Вона також не вважає, що Угода про закупівлю є інвестицією, якщо застосовувати цілісний підхід: незважаючи на контекст, в якому вона була укладена, **Угода про закупівлю, по суті, залишається комерційною угодою щодо закупівлі та доставки товару за встановленою ціною, і таким чином, що Талта обрала офшорну Венесуелу на користь прибутку від продажу на відкритому ринку.** З цією метою Трибунал вважає, що Угода про закупівлю повинна розглядатися інакше, ніж позика Тальта (Talта).<sup>409</sup>

454. Із справи *Тенаріс (Tenaris) проти Венесуели* зрозуміло, що слід прийняти цілісний підхід для визначення того, чи є операція інвестицією. Цей цілісний підхід передбачає розгляд контексту, в якому було здійснено інвестиції. При застосуванні цілісного підходу, у випадку, коли Угода про позику є "критичною для здійснення" передбачуваної інвестиції, вона може вважатися інвестицією.

455. *Андерсон (Anderson) проти Коста-Ріки* пішов далі, ніж зазначені вище випадки. У цій справі Трибунал встановив, що депозит коштів Позивача на банківському рахунку, що призводить до зобов'язання сплатити відсотки та основну частину, є активом, оскільки він є предметом цінності, що належить Позивачу. Грошовий депозит становив "активи", що належать Позивачу у межах договору.<sup>410</sup> Однак у цій справі сторони не стверджували, що Депозитний договір виходить за межі статті 25 Конвенції МЦУІС, і,

<sup>409</sup> *Тенаріс С.А. (Tenaris S.A) та Тальта-Трейдінг е Маркетинг Сосьєдад Юніпесоал Лда (Talта-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda) проти Венесуели*, Рішення, МЦУІС справа № ARB / 11/26, 29 січня 2016 року, [287] - [291], доказ ПЮ-219 (примітки опущені).

<sup>410</sup> *Аласдеа Росс Андерсон ет ол (Alasdair Ross Anderson et al) проти Республіки Коста-Ріки*, МЦУІС, справа № ARB (AF) / 07/3, Арбітражне рішення, 19 травня 2010 р., [48] - [50], ПЮ -140.

таким чином, трибунал не розглядав питання про те, чи підпадав договір про під дію статті 25 Конвенції МЦУІС.

456. Згідно з вищезазначеною судовою практикою, більшість Трибуналу укрі своєму висновку, що інвестиція у значенні Конвенції МЦУІС існувала. Інвести внеском позивачами капіталу на певну тривалість до "економічного підприєм (тобто, зусилля з порятунку / реструктуризації Кредитпромбанку), який у перебував у фінансовій скруті і заявники тим самим вирішили нести ризик фінан виживання обраного ними економічного підприємства.

457. Депозитні угоди, навіть якщо вони були близькі до позик, були критичн здійснення цієї інвестиції і, отже, становили інвестицію. Внесення Позивачами до Кредитпромбанку у формі Депозитних угод був відповіддю на негайну Кредитпромбанку в реструктуризації облігацій відповідно до Угор реструктуризацію.

458. Хоча інвестиції були формально структуровані у формі депозиту коштів, інвестицій лежить не у його формальній структурі, а в тому, щоб забезпечити

можливість реструктуризації Кредитпромбанку і тим самим врятувати установ фінансових труднощів. Це суть того, що відбулося.

459. Беручи до уваги усе викладене вище, більшість Трибуналу дійшла виснов заявники фактично внесли інвестиції у значенні як Конвенції МЦУІС, так і ДІД.

**F. Чи належить "інвестиція" безпосередньо (їхнім власникам) будь-ко позивачів у розумінні ДІД**

### 1. Позиція відповідача

460.  
Нідер  
арбіті  
позиє  
відпо  
461.  
"інве  
спор  
опос  
прає  
арбі  
462  
між  
дер  
обм  
(Sti  
Три  
інв  
гол  
Ту,  
до  
ць  
411  
412  
413  
414  
415  
Рє  
31  
41  
М



460. Позиція України полягає в тому, що навіть якщо позивачі були «громадянами» Нідерландів і зробили «інвестицію», їхні вимоги виходять за рамки Згоди України на арбітраж згідно зі статтею 9 ДІД, оскільки жоден з «активів», які нібито є «інвестиціями» позивачів, не є «активами» самих «позичальників» (їм не належать).<sup>411</sup> На свою підтримку відповідач приводить наступні факти.

461. По-перше, Україна стверджує, що посилання в статті 9 ДІД на спори, що стосуються «інвестиції громадянина», означає, що «інвестиція» має безпосередньо належати стороні спору із голландським громадянством.<sup>412</sup> Французький громадянин, який опосередковано володіє «активами» через місцеву філію, не може самостійно заявляти права стосовно таких «активів» або подавати свої вимоги щодо цих «активів» до арбітражу згідно зі статтею 9 ДІД.<sup>413</sup>

462. Україна стверджує, що її аргумент підтверджується визнаним принципом міжнародного права, згідно з яким, положення Договору, які стосуються обмеження державного суверенітету, на які посилається приватна сторона, повинні мати обмежувальне тлумачення.<sup>414</sup> Україна також згадує справу *Стандарт Четед Банк (Standard Chartered Bank) проти Танзанії* на підтримку своєї позиції. У тій справі Трибунал встановив, що дієслово «вкласти» передбачає певні заходи щодо приведення інвестицій, а не суто пасивне володіння.<sup>415</sup> Україна також посилалася на аргументацію голови суду у справі *Алаплі Електрік Б.В. (Alapli Elektrik B.V.) проти Республіки Туреччина*, в якій він вважав, що «так званий інвестор повинен зробити певний внесок до держави перебування, що дозволяє характеризувати цей внесок як інвестицію саме цього інвестора».<sup>416</sup>

<sup>411</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 року, розділ VIII

<sup>412</sup> Там же., [225] - [236].

<sup>413</sup> Там же.

<sup>414</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [228].

<sup>415</sup> Там же., [232] посилаючись на справу *Стандарт Четед Банк (Standard Chartered Bank) проти Об'єднаної Республіки Танзанія*, МЦУІС, справа № ARB / 10/12, Арбітражне рішення, 2 листопада 2012 року, [214] - [232], ВЮ-318.

<sup>416</sup> Там же., [234] з посиланням на справу *Алаплі Електрік Б.В. (Alapli Elektrik B.V.) проти Республіки Туреччина*, МЦУІС, справа № ARB / 08/13, Арбітражне рішення, 16 липня 2012 року, [356], [358], [359], ВЮ-317.

463. Україна стверджує, що для того, щоб «актив» кваліфікувався як актив громадянина Нідерландів, позивачі повинні довести, що вони самі брали актив у процесі внесення «внесків» до підприємницької діяльності на території України. Ці внески призвели до активу, що їм належить.

464. По-друге, Україна стверджує, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) не може встановлювати свою юрисдикцію в рамках ДІД. На думку України висновок впливає з наступних фактів:

а) передбачувані права за Депозитною угодою та інвестиційні сертифікати активами Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), оскільки саме підприємство не має прав за цим Договором або цими сертифікатами;

б) акції українських компаній ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ не є активами Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), оскільки вони належать кіпрським компаніям Полікарпіко Лімітед (Polikarpico Limited) і Відіанік Трейдінг Лімітед (Відіанік Трейдінг Лімітед), єдиним акціонером яких є інша кіпрська компанія Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited);

та

с) акції кіпрської компанії Сіті-Стейт Лімітед (City-State Limited), хоча вони є активами Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), розташовані не «на території України» Кіпрі.<sup>417</sup>

465. Україна також стверджує, що «активи», в яких Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) має непрямої інтерес, не можна вважати «інвестиціями» Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) з цієї причини, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) сама не брала активної участі у «вкладанні» «інвестицій» у підприємницьку діяльність на території України.<sup>418</sup>

466. По-третє, Україна стверджує, що позови Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) не повинні вважатися неприйнятними через недостатню позовну правоздатність, оскільки:

<sup>417</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 р. [238].

<sup>418</sup> Там же, [241].

Сіті-С  
(ii) "а  
кваліс  
брале  
Украї  
нале»

467.  
прям  
пред  
не в  
дого  
чино  
впл  
ані  
вини  
жоді  
серт  
рах

468  
нег  
інв  
на

419 |  
420  
прс  
421  
422 |  
423  
424



Citi-Стейт Н.В. (City-State N.V.) не володіє будь-якими "активами" на території України; (ii) "активи", в яких Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) має непрямий інтерес, не кваліфікуються як "інвестиції" компанії, оскільки Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) сама не брала активної участі у "вкладенні" "інвестицій" у підприємницьку діяльність на території України; і (iii) акціонер не має правоздатності претендувати на «права на «активи», що належать його дочірнім компаніям».<sup>419</sup>

467. По-четверте, Україна стверджує, що ПРАКТИКА не має особистих прав власності, прямих або непрямих, ні в Фонді, ні в Депозитному договорі, оскільки вона є лише представником Фонду.<sup>420</sup> Україна також стверджує, що КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ не володіють жодним подільним майном або договірним правом щодо будь-якого договору, укладеного на рахунок активів Фонду, включаючи Депозитну угоду.<sup>421</sup> Таким чином, Депозитний договір і будь-які претензії щодо сплати грошових коштів, що випливають з цієї угоди, не є «активами» КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ. Більше того, ані КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ, ні ПРОДІЗ не вносили «внеску», внаслідок чого могли б виникнути права в рамках Депозитної угоди.<sup>422</sup> Це пов'язано з тим, що обидва не мали жодних сертифікатів на дату оформлення Депозитного договору; обидва вони придбали сертифікати вже після укладення Депозитного договору та зарахування коштів на рахунок Кредитпромбанку.

## 2. Позиція Позивачів

468. Позиція Позивачів полягає в тому, що формулювання ДІД не виключають непрямих інвестицій.<sup>423</sup> Навпаки, стаття 1 ДІД містить досить суттєвий перелік типів інвесторів та активів, які отримують вигоду від ДІД.<sup>424</sup> Позивачі висувають такі аргументи на користь своєї позиції.

<sup>419</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [239] - [242].  
<sup>420</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 року, розділ VIII.C; Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 року, розділ VII.D.  
<sup>421</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 р. [246].  
<sup>422</sup> Там же, [247].  
<sup>423</sup> Контрамерний меморандум заявників про юрисдикцію, 15 березня 2016 року [204].  
<sup>424</sup> Там же, [205].

469. По-перше, Позивачі стверджують, що прецедентне право (*ЦЕМЕКС проти Венесуели*, *Сіменс (Siemens) проти Аргентини*, *Кардасопулос (Kardasopoulos) проти Грузії*, *Ца Яп Шум (Tza Yap Shum) проти Перу та Мобіл (Mobil) Венесуели*) дають зрозуміти, що непрямі інвестиції захищені Договорами, що формулювання, подібні до тих, що містяться у даному ДІД.<sup>425</sup> Ці трибунали встановлюють, що непрямі інвестиції також захищені.

470. Позивачі закликають Трибунал добросовісно тлумачити ДІД і давати йому значення його термінам у їхньому контексті та з урахуванням предмету та мети Договору. Поняття про те, що трибунали повинні тлумачити одні й ті самі слова в ДІД об'єктивно, коли "приватна сторона" починає арбітраж згідно зі статтею 9, але менш обмежено, коли держава починає арбітраж згідно зі статтею 12, не повинна застосовуватися.<sup>426</sup>

471. Позивачі також стверджують, що стаття 1 (b) не дає підстави для того, щоб стверджувати, що компанія або фізична особа кваліфікується лише як «громадянин» якщо вона робить «внески у комерційне підприємство, що передбачає певну тривалість та ризик».<sup>427</sup>

472. По-друге, у відповідь на твердження України про те, що інвестиції Сіті-Стейт (City-State N.V.) не знаходяться "на території України", позивачі наполягають, що не існує вимоги про те, що всі акції інвестора-позивача мають знаходитись "на території цієї держави-перебування".<sup>428</sup> Виключно інвестиція повинна мати зв'язок із державою перебування.

473. По-третє, у відповідь на звинувачення України, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) не має права заявляти свої вимоги, позивачі стверджують, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) захищає у цьому арбітражі лише ті права, які дійсно їй належать, а саме,

<sup>425</sup> Там же, [208] - [213].

<sup>426</sup> Вторинне заперечення позивача щодо юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [268].

<sup>427</sup> Там же, [280].

<sup>428</sup> Контрмеморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 року [216].

отрим  
підпр

474.

ПРАФ

ДІД.<sup>425</sup>

Вони

інвес

випл

Дода

475.

на Д

Ці ін

«інве

ДІД.

3

i.

476.

429 Тi

430 Кi

431 Тi

432 Тi



аво (ЦЕМЕКС) отримані з її частки в ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ, через дочірні підприємства.<sup>429</sup>

474. По-четверте, прецедентне право підтверджує, що непрямі інвестиції, такі як ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ, є захищеними інвестиціями відповідно до ДІД.<sup>430</sup> КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ мають прямі та непрямі інвестиції в Україну<sup>431</sup>. Вони володіють інвестиційними сертифікатами Фонду, які являють собою прямі інвестиції в Україну згідно зі статтею 1 (а) (ii) ДІД. Вони також мають права, що впливають з їхньої власності на ті сертифікати, стосовно Депозитного договору та Додатка, які є прямими інвестиціями в Україну згідно зі Статтею 1 (а) (iii) ДІД.

475. По-п'яте, всупереч заяві України, ПРАКТИКА володіє правами на Фонд, а також на Депозитні угоди та Додаток. ПРАКТИКА підписала Депозитний договір і Додаток.<sup>432</sup> Ці інструменти прямо надають ПРАКТИКА права проти Кредитпромбанку. Ці права є «інвестицією», а саме, «претензією щодо грошових виплат» згідно зі статтею 1 (а) (iii) ДІД.

### 3. Аналіз Трибуналу

#### i. Тлумачення статті 9 ДІД

476. Стаття 9 (1) і 9 (2) ДІД передбачає:

1. Будь-який спір між будь-якою Договірною Стороною та громадянином іншої Договірної Сторони, що стосується інвестицій цього громадянина *на території*:

<sup>429</sup> Там же, [219] - [227]; Вторинне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 р. [282] - [284].

<sup>430</sup> Контрамерний меморандум заявників щодо юрисдикції, 15 березня 2016 р. [229] - [231].

<sup>431</sup> Там же, [231].

<sup>432</sup> Там же, [233].

*колишньої Сторони*, має, по можливості, вирішуватися сторонами мирним шляхом.

2. Якщо такий спір не може бути вирішений протягом трьох місяців з дня, коли будь-яка сторона спору вимагала мирного врегулювання, спір на відповідного громадянина подається до арбітражного суду.

477. Трибунал не згоден з твердженням України про те, що непрямі інвестиції покриваються ДІД через використання у оригіналі слова – «*of that national*» у статті 9 (1). Це неприродне прочитання статті 9 ДІД, яке не відповідає звичайному значенню слова. Слово є виключно прийменником, яке в англійській мові пов'язує інвестора з громадянином. Воно не визначає характер інвестицій, а тим більше, не вказує на те, чи лише прямі інвестиції покриваються підпадають під дію ДІД.

478. Трибунал погоджується з аргументацією трибуналу у справі *Цемекс проти Венесуели*, якій встановив, що:

«Трибунал зазначає, що в ДІД немає чіткого посилання на прямі або непрямі інвестиції, зокрема, у Статті 1 (а). Він також зазначає, що визначення інвестиції, наведені в статті, є дуже широким. Вона містить вираз "всі види активів" і перераховує кілька категорій інвестицій як приклади. Одна з цих категорій складається з "акцій, об'єктів нерухомості або іншого виду інтересів в компаніях і спільних підприємствах".

[...]

Трибунал вважає, що, як визнано відповідачем, інвестиції, визначені у статті 1 можуть бути прямими чи непрямими. За визначенням, непрямі інвестиції - це інвестиції непрямого інвестора.

Оскільки ДІД охоплює непрямі інвестиції, це неминуче дає право непрямим інвесторам пред'являти позови щодо заявлених порушень Договору щодо інвестицій, якими вони володіють опосередковано.

Триб  
Догс  
гроз  
пові  
коли  
Стс  
Це  
тер

479  
зау  
зах  
що

«Ті

Три

інв

ак

зд

ту,

ої

«г

уч

пс

Д

к

п

а

-  
4  
/  
|  
|  
1



Трибунал також зазначає, що, коли у ДІД згадуються інвестиції громадян іншої Договірної Сторони, це означає, що ці інвестиції повинні належати таким громадянам, щоб вони охоплювалися Договором. Але це не означає, що вони повинні "безпосередньо" знаходитись у власності цих громадян. Аналогічно, коли у тексті ДІД згадуються інвестиції, здійснені «на» території Договірної Сторони, все це вимагає, щоб сама інвестиція знаходилася на цій території. Це не означає, що ці інвестиції повинні бути «безпосередньо» зроблені на такій території». <sup>433</sup>

479. Аналогічним чином, трибунал у справі *Сіменс (Siemens) проти Аргентини* зауважив, що прямиї сенс ДІД полягає в тому, що акції, які належать акціонеру, захищені відповідно до умов договору, в той час як ДІД не містить твердження про те, що визначення «інвестицій» не включає непрямі інвестиції:

«Трибунал провів детальний аналіз посилань у Договорі на «інвестиції» та «інвесторів». Трибунал зауважує, що в Договорі немає чіткого посилання на прямі або непрямі інвестиції як такі. Визначення "інвестицій" дуже широке. Інвестиція - це будь-який вид активу, який вважається таким згідно із законодавством Договірної Сторони, де було здійснено інвестицію. Конкретні категорії інвестицій, які містяться у визначенні, включені туди як приклади, а не з метою виключення тих, що не були перелічені. **Укладачі були обережні у використанні слів «не обмежуючись» перед переліком категорій «першочергово» включених інвестицій.** Одна з категорій складається з «акцій, прав участі в компаніях та інших видів участі в компаніях». Пряме значення цього положення полягає в тому, що акції, якими володіє німецький акціонер, захищені Договором. Договір не вимагає, щоб між інвестицією та кінцевим власником компанії не було інших компаній. Таким чином, **буквальне читання Договору не підтримує твердження про те, що визначення інвестицій виключає непрямі інвестиції**». <sup>434</sup> [Курсив авторський]

<sup>433</sup> *Цемекс Каракас Інвестментс Б.В. енд Анор (Cemex Caracas Investments B.V. & Anor) проти Боліварської Республіки Венесуела*, МЦУІС, справа № ARB / 08/15, Рішення щодо юрисдикції, 30 грудня 2010 року, [151], [156], [157], ПЮ-98.

<sup>434</sup> *Сіменс А.Г. (Siemens A.G.) проти Аргентинської Республіки*, МЦУІС, справа № ARB / 02/8, Рішення щодо юрисдикції, 3 серпня 2004 р., [137], ВЮ-43 (примітки опущені).

480. На цій підставі і згідно зі статтею 31 Віденської конвенції про право (ВКПД), Трибунал тлумачить статтю 9 (1) ДІД як таку, що означає, що інвестиції належать громадянам іншої держави для того, щоб потрапити під дію Договору. Це означає, що інвестиції належали безпосередньо громадянам згідно зі статтею 9 (1) ДІД. Також не існує такої вимоги і в Статті 1 (а) ДІД, де подано визначення інвестицій. Фактично, слова «прямий» та «непрямий» відсутні у визначенні «інвестицій» в статті 1 (а) ДІД. Трибунал переконаний, що непряме володіння Позивачем буде представляти собою інвестицію в рамках широкого визначення інвестицій в статті 9 (1) ДІД. Інвестиції фактично належать Позивачам, безпосередньо чи опосередковано. Відповідно, стаття 9 (1) ДІД задовольняється.

**ii Чи виходять за рамки статті 9 ДІД "активи", які не є результатом вкладень Позивачем інвестицій в підприємництво України**

481. Трибунал відхиляє твердження України, що "активи", які не є результатом вкладень Позивачем "внесків" до підприємництва в Україні, виходять за рамки визначення інвестицій в статті 9 ДІД. Визначення інвестицій не стосується процесу внесення внеску, не передбачає такої умови й пряме значення слова «of» згідно зі статтею 9 (1) ДІД.

**iii Чи має Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) право на позов**

482. Трибунал відкидає аргумент України про те, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) має права на позов.

483. Трибунал у справі *Гез Нечурал (Gas Natural) проти Аргентини* ретельно проаналізував відповідну прецедентну практику і дійшов висновку:

«Заяви про те, що позивачу за двостороннім інвестиційним договором не вистачає правосдатності, тому, що він був лише непрямим інвестором на підприємстві, з яким

контра  
разу. Н

484. У

«Таки  
компа  
дає г  
преп  
інвес

Наре  
юри  
ріше  
заяв  
опри  
заз  
баг  
усп

485

«З  
за:  
гр  
за

—  
435  
Рі  
431  
U  
Лі



контракт або франшизу від держави-учасниці ДІД, робились неодноразово, і кожного разу, наскільки Трибунал був проінформований, безпідставно".<sup>435</sup>

484. У справі *Вівенді II (Vivendi II)* Трибунал ухвалив:

«Таким чином, згідно з ДІД, очевидно, що інвестиції іноземного акціонера в акції компанії, що зареєстровано в країні перебування, є "інвестицією". **ДІД, у свою чергу, дає право інвесторам, які здійснюють такі акціонерні інвестиції, пред'явити претензії** щодо порушень Аргентиною гарантій захисту за умовою Договору щодо цих інвестицій.

Нарешті, численні арбітражні трибунали відхилили таке ж заперечення щодо юрисдикції, як це було показано у 18 випадках, зазначених у Додатку 1 до цього рішення. У кожній з цих вісімнадцяти справ **трибунали підтримали право акціонерів заявляти такі претензії**. У 11 випадках Республіка Аргентина була відповідачем та опротестовувала, та той самий протест і програвала. В останній з цих справ Трибунал зазначив, що саме заперечення яке Аргентина висуває в цій справі, «робилося багаторазово, проте ніколи, наскільки це було відомо Трибуналу, воно не було успішним». <sup>436</sup>

485. У справі *Богданов проти Молдови* суд постановив:

«Загальноновизнано, що частка акцій в компанії - це форма інвестицій, яка користується захистом. **Навіть якщо постраждала компанія не виконує вимоги щодо громадянства згідно з відповідним договором, існуватиме засіб правового захисту, якщо акціонер його застосує**». Таким чином, шкода, заподіяна такому

<sup>435</sup> Гез Нечурал СДГ, С.А. (Gas Natural SDG, S.A.) проти Республіки Аргентина, МЦУІС справа № ARB / 03/10, Рішення Трибуналу з попередніх питань щодо юрисдикції, 17 червня 2005 року, [50], доказ ПЮ-151.

<sup>436</sup> Компанія де Агуас дель Аконкіха С.А. (Compañía de Aguas del Aconquija S.A.) та Вівенді Юніверсал С.А. (Vivendi Universal S.A.) проти Республіки Аргентина, МЦУІС, справа № ARB / 97/3, Рішення щодо юрисдикції, 14 листопада 2005 року, [93] - [94], доказ ПЮ-152.

підприємству, яке непрямо стосується інвестора, дає право інвестору шукати відповідно до умов договору». <sup>437</sup> [Курсив додано.]

486. Відповідно, Трибунал вважає, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) подавати позов на основі своїх прав, отриманих від володіння акціями ПРАКТИКА КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ через дочірні компанії.

487. Що стосується тверджень України про те, що акціонер не має права пред'являти позови від імені своїх дочірніх компаній, то цей принцип стосується лише відшкодування збитків, а не юрисдикції.

#### iv. Чи мають ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ і ПРОДІЗ права власності або Депозитному договорі

488. Трибунал не погоджується з доводом України про те, що через те, що ПРАКТИКА не володіють будь-якими прямими або непрямыми правами власності на Депозитний договір або активами у Фонді, в наслідок чого позов не стосується активів ПРАКТИКА і виходить за рамки ДІД. Як вже було сказано вище, вимоги щодо прямого володіння позивачем інвестиціями згідно з ДІД не застосовуються в будь-якому випадку, оскільки вони безперечно мають права власності на інвестиції, оскільки вони є власниками інвестиційних сертифікатів у Фонді. Інвестиція забезпечила Фонду необхідний капітал для підписання Депозитного договору з Кредитпромбанком.

489. В наслідок чого, на думку Трибуналу, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ мають права власності на інвестиції у контексті ДІД. Їхні права власності на інвестиційні сертифікати Фонду є прямими інвестиціями згідно зі статтею 1 (а) (ii) ДІД. Їхні права власності на інвестиційні сертифікати стосовно Угоди про депозит і Додатку являють собою непрямі інвестиції відповідно до статті 1 (а) (iii) ДІД. Що стосується ПРАКТИКА, хоча вона є компанією

<sup>437</sup> Юрій Богданов проти Республіки Молдова, арбітражний суд СКК № V114 / 2009, Остаточне рішення, 30 березня 2010 року, [67], доказ ПЮ-153.

управл  
(iii) ДІД

G.  
захис

1.

490.  
будь-  
як Ук  
на їх  
прав  
інвес  
ДІД.<sup>4</sup>

2

491  
пра  
інос

49:  
ви

438  
439  
440



чвестору шукає управління активами, вона має «претензію на грошові виплати» згідно зі статтею 1 (а) (iii) ДІД як підписант Депозитного договору і, отже, у контексті ДІД, має інвестиції.

State N.V.)  
ня акціями ПР  
Г. Повідомлення Україні про те, що громадяни Нідерландів претендують на захист інтересів відповідно до ДІД

### 1. Позиція Відповідача

має права пре  
я лише відшко  
а власності

490. Україна стверджує, що вона жодним чином не може нести відповідальності за будь-які порушення нею умов ДІД, які висуваються проти неї, що сталися до того часу, як Україна дізналася про те, що Позивачі мають іноземні інвестиції і заявляють права на їх захист в рамках ДІД.<sup>438</sup> Україна стверджує, що згідно із загальним міжнародним правом, принцип правої визначеності вимагає, щоб Україна була повідомлена про інвестиції іноземного інвестора для того, щоб порушити зобов'язання за умовами ДІД.<sup>439</sup>

### 2. Позиція Позивачів

з те, що ПРА  
ли або не  
наслідок чо  
с вже було с  
іно з ДІД на  
мають пр  
рікатів у Фо  
ззитного до

491. Позиція Позивачів полягає в тому, що в рамках ДІД та загального міжнародного права не існує вимоги про те, що держава має бути повідомлена про наявність іноземних інвестицій, захищених ДІД, до моменту виникнення спору.<sup>440</sup>

### 3. Аналіз Трибуналу

ДІЗ мають  
ійні серти  
з власності  
прямі інвес  
з є компан

492. Трибунал вважає, що, згідно з загальним міжнародним правом, не існує ніяких вимог, за якими інвестор повинен повідомляти державу перебування про свої інвестиції

<sup>438</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 року, розділ IX.

<sup>439</sup> Там же, [277] - [279].

<sup>440</sup> Контр-меморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 року [235].

для того, щоб мати можливість посылатись на ДІД. Вимога України ґрунтується на неправильному трактуванні закону.

493. Сам ДІД не містить жодних передумов стосовно повідомлення про перебування щодо іноземних інвестицій. ДІД не містить жодних передумов для за умовами Договору, таких як реєстрація або затвердження іноземних інвестицій. Трибунал не готовий припускати будь-яку таку передумову у відсутності чіткого формулювання в ДІД. Як встановив трибунал у справі *Дезерт Лайн (Desert Line) проти Ємену*, існування будь-якої формальності має бути чітко відображене в договорі:

«Якщо б подібна спеціальна процедура розглядалась як обов'язкова до виконання було б доречно, або, навіть, вкрай важливо, визначити тип документа, необхідного кожній з двох країн, і визначити департамент, який його видає, або, принаймні, звернути увагу читачів Договору - потенційних інвесторів - на те, що точний характер необхідних сертифікатів визначатиметься «конкретними правилами, що діятимуть у відповідний момент часу».<sup>441</sup>

494. За відсутності чітко визначеної вимоги в рамках ДІД, регламентом міжнародного права не передбачено, що доведення до відома держави є обов'язковою передумовою її відповідальності. Це впливає з коментаря до Регламенту КМП:

«Чи було порушення правила може залежати від намірів або знань відповідних державних органів або їхніх представників, і в цьому сенсі може бути «суб'єктивним». [...] В іншому випадку стандарт порушення зобов'язання може бути «об'єктивним» у тому сенсі, що надмірна турботливість чи якийсь інший фактор з боку відповідних державних органів чи агентів може бути недоречним. Чи є відповідальність «об'єктивною» або «суб'єктивною» в цьому сенсі залежить від обставин, включаючи

<sup>441</sup> *ТОВ Дезерт Лайн Продактьс (Desert Line Projects LLC) проти Республіки Ємен*, МЦУІС, справа № ARB/08/109, Рішення, 6 лютого 2008, [109], доказ ПЮ-89.

зміст г  
прави

495. У  
своєї  
тлумач

496.

але є

що і

наст:

факт

пору

конт

умо

Ver

інве

наві

госг

умо

497

пре

Н.

442 |

(20

443

20:

444

20:

445

щс



зміст первинного зобов'язання, про яке йдеться. *Регламент не містить загального правила з цього питання*.<sup>442</sup> [ Виділено автором]

495. Україна намагається посилатися на принцип правової визначеності на підтримку своєї позиції. Незрозуміло, як цей принцип підтримує позицію України, чи то як принцип тлумачення, або ж як загальні норми.

496. Україна, зокрема, посилається на справу *Ромпетрол (Rompetrol) проти Румунії*, але вона не підтримує позицію України. У цій справі Трибунал не визнав за необхідне, що інвестор мав повідомити державу перебування про його іноземні інвестиції до настання випадку подання позову про захист прав в рамках ДІД.<sup>443</sup> Трибунал обговорив факт інформування держави про інвестиції в контексті висунутих звинувачень щодо порушення принципів справедливого і рівного ставлення в рамках договору, а не в контексті будь-якої юрисдикційної передумови для отримання захисту відповідно до умов даного договору.<sup>444</sup> Аналогічно, у справі *Юреп'єн Медіа Венчес (European Media Ventures) проти Чеської Республіки* питання про інформування держави про іноземні інвестиції не було піднято як питання про юрисдикцію.<sup>445</sup> У цих справах трибунали не навели жодного загального принципу права, згідно з яким повідомлення держави-господаря щодо інвестицій іноземного інвестора є передумовою захисту відповідно до умов договору.

497. Відповідно, Трибунал відхиляє це заперечення щодо юрисдикції через відсутність правових підстав.

## Н. Вимога щодо мирного врегулювання за статтею 9 (1) і 9 (2) ДІД

<sup>442</sup> Комісія міжнародного права, «Статті про відповідальність держав за міжнародні закони з коментарями», (2001) 2 (2) Щорічник Комісії міжнародного права 31, с. 34, доказ ВЮ-20.

<sup>443</sup> *Ромпетрол Груп Н.В. (Rompetrol Group N.V.) проти Румунії*, МЦУІС, справа № ARB / 06/3, Рішення, 6 травня 2013 року, [160], доказ ВЮ-105.

<sup>444</sup> *Ромпетрол Груп Н.В. (Rompetrol Group N.V.) проти Румунії*, МЦУІС, справа № ARB / 06/3, Рішення, 6 травня 2013 року, [279], доказ ВЮ-105.

<sup>445</sup> *Юреп'єн Медіа Венчес (European Media Ventures) проти Чеської Республіки*, ЮНСИТРАЛ, Часткове рішення щодо юрисдикції, 8 липня 2009 року, [36] - [37], ВЮ-310.

### 1. Позиція Відповідача

498. Україна стверджує, що стаття 9 (1) і 9 (2) ДІД вимагає, що кожен Позивач повинен сповістити про суперечку іншу сторону Договору та витримати тримісячний строк з початку арбітражного розгляду.<sup>446</sup> Лише Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) виконав вимоги. Оскільки інші три Позивачі не повідомили Україну про спір або не брали участі в переговорному процесі, Трибунал не має юрисдикції над усіма їхніми позовами.

### 2. Позиція Позивачів

499. Позивачі стверджують, що статтю 9 ДІД не слід прирівнювати до зобов'язання дублювання повідомлень про суперечку або продовження безрезультатних переговорів.<sup>448</sup> У будь-якому випадку, період очікування в статті 9 (2) ДІД є обов'язковим чи юрисдикційним. Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) володіє та контролює ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ, і його сповіщення про спори повинні розглядатися як відправлене від імені всіх Позивачів.<sup>449</sup>

### 3. Аналіз Трибуналу

500. Не викликає сумніву, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) виконав умови мирного врегулювання за статтею 9 (1) - (2) ДІД. 3 листопада 2013 року директори Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) звернулися з заявою про мирову угоду в рамках Договору. Суперечка полягає в тому, чи повинна кожна з компаній, ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ, також подавати заяву на мирову угоду за статтею 9 (1) - 9 (2) ДІД.

<sup>446</sup> Заперечення України щодо юрисдикції, 2 липня 2015 року, розділ X; Відповідь України на заперечення щодо юрисдикції, 21 червня 2016 року, розділ IX.

<sup>447</sup> Там же.

<sup>448</sup> Контр-меморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 року, розділ IX; Вторинне заперечення позивача проти юрисдикції, 25 листопада 2016 року, розділ IX.

<sup>449</sup> Контр-меморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 року [250].

<sup>450</sup> Лист директорів Сіті-Стейт (City-State) до Кабінету Міністрів України, 3 листопада 2013 року, П-14.

501.  
щоб  
дочір  
також  
поля  
це м  
- 9 (2)  
учас

502.  
що  
про  
бул  
«Дс  
нас  
пер  
По:

[...]

На  
(с  
с)

[.

—  
4  
и  
Е



до кожен Польський  
тримісячний  
itate N.V.)  
ір або не бра  
хніми позова

501. Трибунал вважає, що стаття 9 (1) - 9 (2) ДІД має достатньо широке визначення, щоб охопити повідомлення про суперечку материнською компанією від імені своїх дочірніх компаній, особливо коли суперечка між дочірніми компаніями та Державою є такою ж, як між материнською компанією і Державою. Об'єкт і мета статті 9 (1) - (2) полягає в тому, що "суперечка" повинна бути доведена до відома держави і, наскільки це можливо, вирішуватимуться Сторонами спору мирним шляхом.<sup>451</sup> Однак стаття 9 (1) - 9 (2) прямо не вимагає, щоб кожна Сторона, яка бере участь у «спорі», брала активну участь у мирних переговорах з Державою.

до зобов'язань  
безрезультатно  
ті 9 (2) ДІД  
тоді та констатувати  
до спору

502. У справі *Енкев Біхеа Б.В. (Enkev Beheer B.V.) проти Польщі* трибунал постановив, що переговори за участі дочірньої компанії були достатніми для задоволення вимоги про мирні переговори за умовами договору, навіть якщо материнська компанія також була стороною в спорі в арбітражі. Трибунал встановив, що:

«Дочірня компанія Позивача [...] активно обговорювала з містом Лодзь можливі наслідки будь-яких заходів щодо власного бізнесу в Лодзі [...]. Зрозуміло, що якщо б перелік цих наслідків також включав будь-які наслідки стосовно власного пакету акцій Позивача [...], це б суттєво не змінило хід цих обговорень.

[...]

нав умову  
директорів  
рамках  
А, КРИС  
(1) - 9 (2)

Навіть якщо б Позивач формально став учасником таких спроб мирного врегулювання (стосовно власних конкретних вимог) згідно з Договором, це також не **мало б суттєвих змін** у подіях, які згодом сталися.

[...]

зречення  
еречення

<sup>451</sup> Відповідь України на заперечення проти юрисдикції, 21 червня 2016 року [291]; Контр-меморандум позивачів щодо юрисдикції, 15 березня 2016 року [251] з посиланням на *Берлінгтон (Burliton) проти Еквадору* [315], доказ ВЮ-79.

З урахуванням об'єкта і мети статті 8, відповідно до статті 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, враховуючи також контекст Договору спр... (своєю преамбулою) на заохочення та захист іноземних інвестицій в Польщі, **виніс рішення, що надмірне значення, на якому наполягає Відповідач, є семантичним у своєму підході та надмірно жорстким у своєму результаті, особливо стосується випадків, коли невиконання вимог Позивачем формальністю, і коли Відповідач не поніс жодних збитків, які б не могли бути компенсовані відповідним розпорядженням цього Трибуналу щодо суми арбітражних витрат, які понесені невиправдано або витрачені з причини неправого поспіху Позивача, який розпочав цей арбітражний розгляд».**<sup>452</sup> [Курсив додано]

503. Виходячи з аргументів трибуналу у справі *Енкев Біхеа Б.В. (Enkev Beheer) проти Польщі*, об'єкт і мета статті 9 (1) - 9 (2) ДІД можуть бути задоволені обов'язково вимагаючи від кожного Позивача поподати незалежне клопотання про мирову угоду.

504. Виходячи із тлумачення статті 9 (1) та 9 (2) ДІД в світлі їх об'єкта і мети, арбітражний суд вважає, що заперечення України носить занадто технічний характер, необхідним для досягнення мети положень, яка полягає в наданні сторонам можливості врегулювати свій спір мирним шляхом до початку арбітражного розгляду. У справі *Мерфі (Murphy) проти Еквадору*, на яку посилається Україна, арбітражний суд закликає кожну окрему компанію розпочати мирне врегулювання, оскільки їхні вимоги не відрізнялись.<sup>453</sup> Тут - навпаки, кожен з Кредиторів пред'являє до України один і той самий позов, який являє собою вимогу про повернення коштів, вкладених в Кредитний договір за Депозитним договором.

505. Україна стверджує, що їй було відмовлено у можливості ознайомитися з вимогами Позивача в рамках ДІД, які намагалися висунути ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРАКТИКА. Трибунал відхиляє це твердження, оскільки справа *Сіті-Стейт Н.В. (City-State Nat'l Bank v. Ukraine)*

<sup>452</sup> *Енкев Біхеа Б.В. (Enkev Beheer B.V.) проти Республіки Польща*, ППТС, справа № 2013-01, Перше часткове арбітражне рішення, 29 квітня 2014 року, [318] - [319], [321], ПЮ-159.

<sup>453</sup> *Мерфі Експлорейшн енд Продакшн Ко. (Murphy Exploration and Production Co.) проти Республіки Еквадор*, МЦУІС, справа № ARB / 08/4, Рішення про юрисдикцію, 15 грудня 2010 р. [132], ВЮ-84



Віденської конвенції про арбітраж, Договору про арбітраж в Польщі, та Відповідач, є наступним результатом Позивачем, які б не могли бути щодо суттєвої причини неправоти (рсив додано.)

(Enkev Behoren) бути задоволено не клопотаннями, арбітражний характер іронічною можливістю розгляду. У відповідний суд зазначені вимоги і тільки один і тільки Кредитпрому

иsia з вимогами СТ та ПРО City-State N.V.

ие часткове тіки Еквадор.

всіх фактологічних та правових відношеннях ідентична до вимог ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ в цьому арбітражному розгляді. А отже, ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ не мали потреби інформувати Україну в окремих повідомленнях про будь-які додаткові суперечки.

506 Крім того, в листі від 3 листопада 2013 року, в якому директори Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) звернулися з заявою про мирне врегулювання в рамках ДІД, було чітко вказано, що ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ пов'язані з Фондом і Депозитним договором.<sup>454</sup> У цьому листі було зазначено, хоча і у примітці, що

КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ є дочірніми компаніями компанії Сіті-Стейт Н.В. (City State N.V.), якій належать інвестиційні сертифікати Фонду. Було також відзначено, що ПРАКТИКА контролюється КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ, яке, в свою чергу, опосередковано належить Сіті-Стейт Н.В. (City State N.V.), і що право ПРАКТИКА вимагати повернення грошових коштів за Депозитною угодою є інвестицією у відповідності зі статтею 1 (а) (iii) ДІД.

507. Більшість членів Трибуналу також відкидає й інше твердження України про те, що вона була позбавлена можливості спробувати врегулювати ці претензії з ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ до початку арбітражного розгляду. Відповідно до висновків більшості Трибуналу про те, що ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ контролювалися директорами Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), більшість членів Трибуналу вважає, що Україна не могла бути позбавлена можливості спробувати врегулювати позови, пред'явлені компаніями ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ до України до початку арбітражного розгляду. Якби Україна спробувала укласти мирову угоду з ПРАКТИКА, КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ, директори Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) могли б проконтролювати такі переговори про врегулювання.

508. Відповідно до вищезгаданих причин, більшість членів Трибуналу відхиляє це заперечення України.

<sup>454</sup> Лист директорів Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) до Кабінету Міністрів України, 3 листопада 2013 року, П-14

**I. Використання положення про найбільш сприятливу націю в нідерландському українському ДІД для імпорту положення про "ефективні засоби".**

509. Україна спочатку зазначила 9-те заперечення щодо юрисдикції що, стосовно положення про найбільш сприятливу націю в рамках ДІД. Однак в ході слухання 2017 року Україна чітко дала зрозуміти, що це питання більше не розглядається як питання юрисдикції. Адвокат України заявив 24 квітня 2017 року:

"Сьогодні вранці я розповім про перших чотири з дев'яти наших заперечень юрисдикції. Дев'ять заперечень в даний час розглядається як частина справи в світлі того факту, що ми проводимо слухання одразу по всіх питаннях".<sup>455</sup>

510. Тому Трибунал не розглядатиме це питання в контексті прийняття рішення власної юрисдикції.

**J. Висновок щодо заперечень про юрисдикцію**

511. З причин, викладених вище, більшість членів Трибуналу відхиляє заперечень України щодо юрисдикції. Більшість Трибуналу вважає, що компетенцію входить розгляд і вирішення всіх позовних вимог позивачів в даного арбітражного розгляду.

**VI. Основні претензії**

512. Більшість членів Трибуналу, визначивши, що Трибунал має юрисдикцію в справі, повинні тепер розпочати розгляд матеріально-правових претензій позивача таких основних претензій відносяться заява про порушення зобов'язання

<sup>455</sup> Стенограма слухання, 24 квітня 2017 року, стор. 10 рядків з 22-25 по стр. 11, рядок 1.

забе  
наде  
прае  
зобс

513.  
(2),

51  
ви  
ур  
рс  
ви  
(н  
пґ

—  
45e  
45f  
45g  
45h



забезпечення справедливого і рівноправного ставлення, порушення зобов'язання щодо надання ефективних засобів для пред'явлення претензій і забезпечення дотримання прав, порушення норм захисту та безпеки, порушення зобов'язання щодо дотримання зобов'язань і порушення стандарту експропріації.

513. Кожна з претензій Позивачів заснована на можливих порушеннях статей 3 (1), 3 (2), 3 (4) і 6 ДІД у зв'язку з наступною поведінкою:

- a. НБУ не провів належного розслідування скарг Позивачів на дискримінаційне ставлення з боку Кредитпромбанку і не оголосив Кредитпромбанк "проблемним";<sup>456</sup>
- b. Українські суди свавільно і безпідставно скасували Рішення про арешт майна в критичний момент, коли Позивачі робили спроби повернути свої інвестиції у Кредитпромбанку;<sup>457</sup>
- c. зусилля позивачів, спрямовані на отримання судового захисту, були зірвані через затримки в роботі українських судів;<sup>458</sup>

та

- d. державні органи, включаючи Апарат Прем'єр-міністра, Адміністрацію Президента і Кабінет Міністрів, не змогли забезпечити виконання НБУ своїх регуляторних і законодавчих зобов'язань щодо захисту інвестицій Позивачів.<sup>459</sup>

514. З причин, які пояснюються нижче, більшість членів Трибуналу приходять до висновку, що Відповідач порушив свої зобов'язання за статтями 3 (2) та 6 ДІД. З урахуванням цього висновку більшість членів Трибуналу не вважає за необхідне розглядати вимоги Позивачів за статтями 3 (1) і 3 (4) ДІД, оскільки кожна з цих вимог впливає з ідентичних фактів і не змінить присуджене позивачам відшкодування збитків (навіть якби арбітраж констатував порушення). Тепер Трибунал переходить до розгляду претензій про порушення статей 3 (2) та 6 ДІД.

<sup>456</sup> Меморандум Позивачів, 7 травня 2015 року, [323], [331].  
<sup>457</sup> Там же ... [328].  
<sup>458</sup> Там же... [418].  
<sup>459</sup> Там же... [335].

цію в нідерландськ

дикції що, с в ході слухан розглядаєтьс

их заперечен гина справи ях".<sup>455</sup>

яття рішення

ідхиляє ко ає, що в авачів в р

сдикцію у позивачів ізання

## А. Вимога щодо справедливого та рівного ставлення

### 1. Позиція Позивачів

515. Позиція позивачів полягає в тому, що своєю поведінкою, викладеною в Розділі III, Україна порушила свої зобов'язання щодо забезпечення справедливого та рівного ставлення відповідно до статті 3 (2) ДІД. На думку Позивачів, справедливого і рівного ставлення включає такі основні елементи:<sup>460</sup>

- а) обов'язок приймаючої держави діяти таким чином, щоб це не було довільним і несумісним з її правовою базою;
- б) вимога про те, щоб приймаюча держава створювала стабільні правові умови;
- в) вимога про те, щоб приймаюча держава діяла прозоро у своїх відносинах з іноземним інвестором;
- г) вимога про те, щоб держава, що приймає забезпечила справедливе розгляд процедур для інвестора;
- д) захист законних очікувань інвесторів щодо їхніх інвестицій;

та

- е) вимога про те, щоб держава, що приймає, діяла сумлінно.

516. Недотримання будь-якого з цих шести елементів, ймовірно, спричинило порушення стандарту справедливого і рівного ставлення. Позивачі стверджують, що і бездіяльність України порушують кожен з елементів а – е вище і солідарно викликають суттєві сумніви щодо того, чи діяла Україна сумлінно з метою даного елемента f

517. По-перше, Позивачі заявляють, що Україна помилково стверджує, що просила НБУ втрутитися, щоб захистити тільки інтереси ПРАКТИКА. ПРАКТИКА

<sup>460</sup> там же, [358].

<sup>461</sup> Меморандум Позивачів, 7 травня 2015 г. [359].



поінформувала НБУ про ризики не лише для ПРАКТИКИ, але і для інших власників депозитів, а також щодо стабільності банківської системи в цілому.<sup>462</sup>

518. По-друге, Позивачі відзначають, що, згідно з українським законодавством, НБУ повинен був проводити

519. По-третє, Позивачі стверджують, що НБУ був зобов'язаний захищати вкладників, таких як Позивачі згідно зі ст. 73 та ст. 75 Закону України ("Про банки і банківську діяльність") ("**Закон про банківську діяльність**"). Конституція України не обмежує можливості НБУ щодо втручання з метою захисту власників вкладів фізичних осіб та їхніх прав, якщо того вимагають обставини. Спроба України провести відмінність між правами і інтересами є безпідставною.<sup>463</sup> Зобов'язання НБУ за статтею 75 явно викликано "вимогою вкладника або іншого кредитора".<sup>464</sup> Всупереч твердженням України, стаття 75 передбачає право окремого кредитора на звернення з метою захисту до НБУ.

521. По-четверте, Позивачі стверджують, що він мав достатньо доказів і повноважень, щ

<sup>462</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р [30].

<sup>463</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р [81].

<sup>464</sup> Там же, [91].

<sup>465</sup> Там же, [109].

<sup>466</sup> Там же, [120]-[125].

діяльність, оскільки було зрозуміло, що

ка загрожує інтересам вкладників або інших кредиторів.<sup>467</sup>

Укр:  
без,

522. По-п'яте, Позивачі стверджують, що НБУ міг і повинен був вжити незважаючи на невирішену суперечку щодо дійсності Депозитного до Додатку.<sup>468</sup> Згідно з Цивільним кодексом, НБУ

2. І

526

і рі  
яв-

523. По-шосте, Позивачі стверджують, що аргумент України щодо пропор заходів НБУ знований на невірному тлумаченні статті 75 Закону "Про ба діяльність". Стаття 75 не містить згоди щодо відповідності.<sup>470</sup>

прс

527

Ді  
до

524. По-сьоме, Позивачі стверджують, що кволий аргумент про те, що, навіть

би

52

гу

ре

по

73

ба

525. По-восьме, позиція Позивачів полягає в тому, що мала місце оч відсутність прозорості й порушення належної правової процедури щодо ска виконавчих постанов українським органом виконавчої влади.<sup>473</sup> Невідповідності в рішенні Адміністративного суду щодо справи ПРАКТИКА проти НБУ.<sup>474</sup> Крім то

ба

На

а с

на

зо

ба

ба

<sup>467</sup> Там же, [99]-[107].

<sup>468</sup> Там же, [126]-[132].

<sup>469</sup> Там же, [127].

<sup>470</sup> Там же, [138].

<sup>471</sup> Там же, [138].

<sup>472</sup> Там же, [141] - [150].

<sup>473</sup> Там же, [374].

<sup>474</sup> Меморандум позивачів, 7 травня 2015 р. [364] - [366].

52

П

—

475

476

477



ризикованої  
кредиторів.

України неправомірно затягнули розгляд «Справи про дійсність».<sup>475</sup> Ряд дій та бездіяльність підірвали правову базу для інвестицій.<sup>476</sup>

був вжити  
итного дого  
тити, що Де

## 2. Позиція Відповідача

одо пропоро  
ну "Про ба  
удь-якому  
ю, що в

526. Позиція України полягає в тому, що вона не порушувала стандарти справедливого і рівного ставлення, які, на думку України, проявляються у грубій відмові в правосудді, явному свавіллі, кричущій несправедливості, повній відсутності належної правової процедури, явній дискримінації або явній відсутності підстав.

що, навіть  
тьнив би  
ення НБУ

527. По-перше, Україна стверджує, що стандарт справедливого і рівного ставлення в ДІД відображає зобов'язання з надання мінімального стандарту ставлення відповідно до норм звичаєвого міжнародного права.<sup>477</sup>

ісце ооч  
одо скасу  
відності є  
Крім того,

528. Виходячи з цього, Україна заявляє, що НБУ не відмовився від виконання своїх регуляторних обов'язків відповідно до законодавства України, оскільки не мав позитивних обов'язків втручатися для захисту прав окремого кредитора ні за статтею 73, ні за статтею 75 Закону "Про банки і банківську діяльність". Закон про банки і банківську діяльність стосується захисту "інтересів", а не "прав" окремих кредиторів. Наглядові повноваження НБУ спрямовані не на захист індивідуальних договірних прав, а скоріше на захист колективних інтересів кредиторів банків і власників депозитів. Тому, на думку України, звернення власника вкладу фізичної особи до НБУ не тягне за собою зобов'язання щодо реалізації будь-яких заходів, передбачених Законом "Про банки і банківську діяльність".

529. По-друге, Україна повідомила, що НБУ оперативно задовольнив всі заяви Позивача стосовно проведення розслідування щодо [redacted] і визнав

<sup>475</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [380].

<sup>476</sup> Меморандум позивачів, 7 травня 2015 р. [369] - [371].

<sup>477</sup> Контр-меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 року [226].





здійснював  
іка,<sup>478</sup>

[REDACTED]

зід виконан  
ківську діяль  
до обов'язок  
ім "вимоги"  
е кваліфіку  
го, навіть як

Кредитпро  
ізність пор  
асників деп

534. По-сьоме, Україна відзначає, що навіть якщо б [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

факт невик  
у про бан  
тосувавши

ку діяльні  
й" або в  
ьованого

535. Нарешті, позиція України полягає в тому, що Позивачам не було відмовлено в дотриманні належної правової процедури в ході судового розгляду. Державна виконавча служба оголосила підстави для відкликання виконавчих наказів.<sup>485</sup> Рішення адміністративних судів щодо тлумачення статті 75 закону «Про банківську діяльність» були обґрунтованими і послідовними.<sup>486</sup>

### 3. Аналіз трибуналу

#### i. Стандарт доведеності

едитпро  
юпорційн  
зівня за  
оголош

<sup>482</sup> Там же, [156].  
<sup>483</sup> Там же, [157].  
<sup>484</sup> Контр-меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 року, [81] - [84].  
<sup>485</sup> Там же, [243] - [244].  
<sup>486</sup> Там же, [245].

536. Стаття 3 (2) ДІД передбачає наступне:

Кожна Договірна Сторона забезпечує справедливе і рівне ставлення до громадян іншої Договірної Сторони і не перешкоджає необґрунтованим дискримінаційними заходами їхньому використанню, управлінню, утриманню, використанню, користуванню [або] розпоряджанню ними з боку цих громадян". Договірна Сторона забезпечує таким інвестиціям повну фізичну безпеку і захоро

537. Для визначення змісту стандарту справедливого і рівного ставлення Трибунал застосовуючи статтю 31 ВКПД, повинен встановити звичайне значення термінів "справедливий і рівноправний". Зі звичайного значення термінів "справедливий і рівний" випливає, що ці терміни означають справедливе і неупереджене ставлен

538. Об'єкт і мета ДІД, як зазначено в його преамбулі, полягають в тому, що Договірна Сторона надаватиметься таким інвестиціям, стимулюватиме приплив капіталу і економічний розвиток Договірних Сторін і що справедливий і рівноправний захоро інвестицій на взаємній основі буде служити цій меті". Тому, відповідно до умов Договору Договірна Сторона повинна сприяти економічному розвитку Договірних Сторін і забезпечення справедливого і рівноправного ставлення до інвестицій.

539. Більшість членів Трибуналу відкидає твердження України про те, що поведінка Договірної Сторони має бути рівнозначною "грубій відмові у правосудді, явному свавіллі, кричущій несправедливості, повній відсутності належної правової процедури, явній дискримінації або явній відсутності підстав". Трибунал зазначає, що цей стандарт доказується на мінімальному стандарті ставлення звичаєвого міжнародного права встановленому комісією NEER.<sup>487</sup> Відсутність конкретного посилання на міжнародний мінімальний стандарт підтверджує, що стаття 3 (2) містить автономний справедливий і рівноправний стандарт в рамках Договору. Як встановив суд у справі *Салука (США) проти Чеської Республіки*, той факт, що ДІД "не містить будь-якої прямого посилання на стандарт справедливості і рівності, який встановлено в статті 3 (2) ДІД, не означає, що ДІД не містить такого стандарту".

<sup>487</sup> *Гламіс Голд, ЛТД (Glamis Gold, Ltd.) проти Сполучених Штатів Америки, ЮНСІТРАЛ (НАФТА) (UNCITRAL) (НАФТА)*, Рішення, 8 червня 2009 р., [22], ВІО-236.

на зви  
"спрає

540.

"необ  
і рів  
ставл

541.

спра  
а

б

с

та

542

ро:  
зоф

488

(UN

489

ЮН

С./

[16

ML

490

№

491

(M

(H

Пі

сп

492

Бє

Рі



на звичайний мінімальний стандарт [...], чітко вказує на автономний характер стандарту "справедливого і рівноправного ставлення".<sup>488</sup>

540. Зі звичайного значення термінів "справедливий", "рівноправний", "необґрунтований" і "дискримінаційний" та об'єкта й мети ДІД слідує, що "справедливий і рівноправний режим" слід розуміти як режим, який забезпечує неупереджене ставлення, що сприяє стимулюванню іноземних інвестицій.

541. Різні трибунали виявили кілька факторів, що становлять частину стандарту справедливого і рівноправного ставлення, включаючи наступні:

- a) обов'язок держави, що приймає, діяти таким чином, щоб це не було довільним або несумісним з його правовою системою;<sup>489</sup>
  - b) вимога про те, щоб держава, що приймає забезпечило справедливе дотримання процедур для інвестора;<sup>490</sup>
  - c) захист законних очікувань інвесторів щодо їхніх інвестицій;<sup>491</sup>
- та
- d) вимога про те, щоб держава, що приймає, діяла сумлінно.<sup>492</sup>

542. Виходячи з цього розуміння справедливого і рівноправного ставлення, Трибунал розпочинає розгляд питання про те, чи є поведінка України порушенням цього зобов'язання.

<sup>488</sup> *Saluka Investments B.V. (Saluka Investments B.V.) (Нідерланди) проти Чеської Республіки*, ЮНСІТРАЛ (UNCITRAL), Часткове рішення, 17 березня 2006 року, [294], ПЮ-50.

<sup>489</sup> Див., наприклад, *EnCana Corp. (EnCana Corp.) проти Республіки Еквадор*, LCMA справа № ООН 3481, ЮНСІТРАЛ, арбітражне рішення, 3 лютого 2006 [158], доказ ПЮ-42; *MTD Equity Sdn. (MTD Equity Sdn.) і MTD Chile S.A. (MTD Chile S.A.) проти Республіки Чилі*, МЦУІС, справа № ARB / 01/7, Рішення, 25 травня 2004 року, [165] - [166], доказ ПЮ-13; *PSEG Global Inc. та Konya Igin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi проти Республіки Турція*, МЦУІС справа No. ARB / 02/5, Рішення, 19 січня 2007 року, [248] - [249], доказ ПЮ-43.

<sup>490</sup> Див., наприклад, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. проти Мексиканських Сполучених Штатів*, справа МЦУІС № ARB (AF) / 00/2, Премія, 29 травня 2003 року, [161] - [166], доказ ПЮ-49.

<sup>491</sup> Див., наприклад, справу *Técnicas Medioambientales Tecmed SA проти Сполучених Мексиканських Штатів* (МЦУІС, справа No. ARB (AF) / 00/2, Рішення, 29 травня 2003 року, [154], доказ ПЮ-49. Див. також *Saluka Invs. BV (Нідерланди) проти Чеської Республіки*, ЮНСІТРАЛ, Часткове арбітражне рішення, 17 березня 2006 року, [302], доказ ПЮ-50 (в якому зазначається, що "поняття законних очікувань [...] є домінуючим елементом" стандарту справедливого і рівного ставлення) (примітка опущена).

<sup>492</sup> Див., наприклад, *Saluka Investments B.V. проти Чеської Республіки*, ЮНСІТРАЛ, Часткове арбітражне рішення, 17 березня 2006 року, [307], доказ ПЮ-50, цитується з ухвалою в справі *Frontier Petroleum Services Ltd. Проти Чеської Республіки* (ЮНСІТРАЛ), Остаточне рішення, 12 листопада 2010 року, [298], доказ ПЮ-51.



## ii. Пред'явлення Україні інкримінованих дій та бездіяльності її органів

543. Поведінка України, яке включає в себе дії і бездіяльність будь-якого державного органу, має розглядатися як єдине ціле. Хоча позивачі розглядали поведінку України з посиланням на кожен конкретний елемент стандарту справедливого і рівного ставлення, Трибунал зосередить свою увагу на загальній моделі поведінки і на тому, чи є така поведінка порушенням стандарту в цілому.

544. Як відомо, відповідно до міжнародного права, дії або бездіяльність органу держави будуть присвоюватись цій державі і, отже, будуть її діяннями.<sup>493</sup> У статті 4 Статуту міжнародного права про відповідальність держав за міжнародно-протиправні дії закріплене правило чітко сформульовано. У ньому говориться, що ...:

«1. Поведінка будь-якого державного органу розглядається як діяння цієї держави за міжнародним правом, незалежно від того, чи виконує цей орган законодавчі, виконавчі, судові або будь-які інші функції, яку посаду він займає в організації держави і який характер як органу центрального уряду або територіальної одиниці держави.

2. Орган включає будь-яку особу або утворення, яке має такий статус відповідно до внутрішнього законодавства держави».

545. Сторони зійшлися на думці, що органами України, що мають відношення до цього спору, є НБУ, Апарат Прем'єр-міністра і Адміністрація Президента, Кабінет Міністрів, Міністерство юстиції (включаючи органи Виконавчої влади) і суди України. Жодна зі сторін не стверджувала зворотного. Більшість членів Трибуналу дотримується думки, що НБУ називають "спеціальним **центральною органом державного управління**" з певним правовим статусом, цілі, функції, повноваження і принципи організації якого визначаються внутрішнім законодавством України.

<sup>493</sup> Стерн, "Елементи міжнародно-протиправного діяння", у «Право міжнародної відповідальності» (Кроуфорд, Пелле, Олсон (ред.), Oxford University Press, 2010), 193, р. 208, доказ ПЮ-7; Кроуфорд, статті Комісії міжнародного права про відповідальність держав: Введення, текст і коментарі (Видавництво Кембриджського університету, 2002 рік), стор. 82, [4], доказ ПЮ-6; Стерн, "Елементи міжнародно-протиправного діяння", в Законі про міжнародну відповідальність (Кроуфорд, Пелле, Олсон (ред.), Видавництво Оксфордського університету, 2010), 193, стор. 208-209, ПЮ-7; Латті, "Дії і упушення", в Законі про міжнародну відповідальність (Кроуфорд, Пелле, Олсон (ред.), Видавництво Оксфордського університету, 2010), 355, стор. 361, ПЮ-8.



ті її органів

Конституцією України ...". (Курсив додано) ясно показує, що НБУ є органом України, а не приватним комерційним банком.<sup>494</sup> Відповідач не висував аргументів чи доказів зворотного. Меншість членів Трибуналу вважає, що НБУ є державним органом, наділеним державною владою, як зазначено в статті 5 Статуту КМП. Незважаючи на розбіжності в думках, в даному випадку НБУ діяв не як приватний комерційний банк, а як регулюючий орган, використовуючи свої державні повноваження. Таким чином, дії НБУ пред'являються Україні. Таким чином, будь-яка дія або бездіяльність вищезазначених органів буде розглядатися як така, що вчинена Україною і, отже, пред'являється до неї. Тепер Трибунал переходить до розгляду питання про те, чи була поведінка України рівнозначною до порушення ДІД.

будь-якого де  
ли поведінку  
аведливого і  
поведінки і на

ність органу  
атті 4 Статуту  
отиправні ді

546. Перш ніж розглянути поведінку українських судів, Трибунал розгляне дії НБУ.

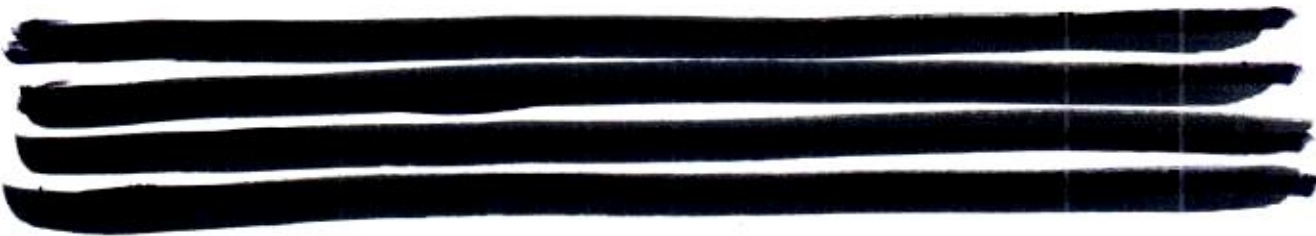
iii. Поведінка НБУ

ня цієї держ  
нодавчі, ви  
ержави і я  
ержави.

547. Більшість членів Трибуналу відкидає аргумент України про те, що НБУ не зобов'язаний захищати права власників вкладу фізичної особи.<sup>495</sup> Більшість членів Трибуналу приймає думку д-ра Мартиненка про те, що Конституція України не обмежує можливості НБУ щодо втручання з метою захисту власників вкладів фізичних осіб та їх прав, якщо того вимагають обставини. Як пояснив д-р Мартиненко в своєму другому експертному висновку, стаття 13 (4) Конституції передбачає "загальний обов'язок усіх органів державної влади, одним з яких є НБУ, захищати права власності".<sup>496</sup>

тус відпові

шення до  
збінет Мі  
раїни. Жо  
мується д  
ю управ  
кого визн



ті» (Кроуф  
ісії міжнар  
університет  
ні про  
рситету, 20  
форд, Пем

<sup>494</sup> Сайт Національного банку України, доказ П-210; Веб-сайт Адміністрації Президента України, П-55.

<sup>495</sup> Контр-меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 року [54].

<sup>496</sup> Другий експертний висновок О. Мартиненка, 17 червня 2016 р. [10].

<sup>497</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [30].

[Redacted]

552.

року

70 €

549. Суть спору полягає в адекватності

[Redacted]

вартості

Додатково

включено

доплати

553

рок

550

[Redacted]

роз

впр

і в

дія

55

Пр

Кр

Кр

вн

вн

пс

Кр

пс

[Redacted]

498

[Redacted]

—

50

в

(1

51

2

г

€

5

Другий (додатковий) звіт експерта П. Шарма, 22 вересня 2016 року, [2.4.11].

500

[Redacted]

501 Там же.

502 Угода № 70, 29 травня 2012 р., С. 1,

[Redacted]



етою захисту

[REDACTED]

ду НБУ за  
ає в тому, що  
важаючи на  
оці після то  
шого боку, ст  
засоби вл

2

[REDACTED]

ій НБУ поч  
іт про ді  
ом законод  
У також д  
ння поруш  
збачити ро  
тивів" 500 р  
зі невин  
госовувати  
ьку діяльн

[REDACTED]

авня 2012  
редитпро  
тивних з

[REDACTED]

503

[REDACTED]

504

[REDACTED]

505

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

анківс

мат

включа

557. (

неодн

вплин

і USU

випла

Дода

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

558.

украї

Кред

неод

мав '

супе

Укра

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

559.

Кре,

з кр

над

кол

час

виг

пог

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

508

509



овідь, що міс  
де 2 місяців)  
ти порушення  
рукції № 368  
У далі  
дібних встан  
ворі засоби  
Закону Укра

[REDACTED]

аз НБУ. Нез  
БУ не засто  
заперечує  
д було аде  
дні з Україн  
і письмові у  
продовжує  
екту, було м

[REDACTED]

ісячні звіти  
о погірши  
евіса, "най  
редитпром  
нижчу за  
ід 22 січня  
32 Закону

[REDACTED]

604, грудн  
3

[REDACTED]

[REDACTED]

562.  
Кредит  
за ви  
не в  
непо:  
"КОМ  
(18.6  
оригі

[REDACTED]

563.  
впли  
в тої  
опер  
фак  
за з  
ліке  
[Кур

[REDACTED]

564  
при  
рої  
вин  
біл  
щс  
на

С1

<sup>511</sup> Третій (додатковий) експертний звіт О. Мартиненка, 22 вересня 2016 р., [23] - [25].

<sup>512</sup> Другий (додатковий) експертний звіт П. Шарми, 22 вересня 2016 р. [3.3.6].

<sup>513</sup> Перший експертний звіт Д. Гетьманцева, 13 березня 2016 р. [29].

514  
ли  
515  
516  
517  
518



562. [REDACTED] сті  
 БУ просто [REDACTED]  
 і попереджен [REDACTED]  
 орсткі засоби [REDACTED]  
 ЧБУ не відс [REDACTED]  
 законом, і це [REDACTED]  
 [REDACTED]

про те, що [REDACTED]  
 зрозумілим у [REDACTED]  
 ів і невик [REDACTED]  
 алу також [REDACTED]  
 юразові са [REDACTED]  
 нком зобо [REDACTED]  
 було покла [REDACTED]  
 ьдитпромба [REDACTED]  
 [REDACTED]

іний нагл [REDACTED]  
 "Про бан [REDACTED]  
 перта У [REDACTED]  
 про бан [REDACTED]  
 ьдитпром [REDACTED]  
 не скорис [REDACTED]  
 чи на пр [REDACTED]

Стенограма слухання, 26 квітня 2017, с. 686 рядки 6-25 - с. 688 рядки 1-9

<sup>514</sup> Відповідь України на заслуги, 25 листопада 2016 р. [91]; Завершити звіт про перевірку НБУ у 2014 році, 11 листопада 2014 р., С. 1, приклад С-303 [КОНФІДЕНЦІЙНИЙ].  
<sup>515</sup> Повний інспекційний звіт НБУ за 2014 рік, 11 листопада 2014 р., С. 38, П-303 [КОНФІДЕНЦІЙНИЙ]  
<sup>516</sup> Там же, с. 2.  
<sup>517</sup> Там же  
<sup>518</sup> Там же, с. 39

"ГОЛОВА: Мені цікава ваша думка щодо цієї перспективи, не так по відношенню до кожного попереджувального листа самого по собі, як у відношенні того, чи важливим, або кожен наступний лист важливим. Я хотів би, щоб ви подивилися з точки зору всіх цих листів протягом цього періоду. Як би ви охарактеризували ефективність цього?"

Пан Шарма: Я б охарактеризував це як неефективне.

ГОЛОВА: Чому?

Пан Шарма: З двох основних причин: по-перше, як і раніше здійснюються порушення. Розгляд питання іноді за новими питаннями, коли старі питання зникають, але рівень повторюваних порушень говорить про попередження, що не зачіпають проблему, яка полягає в тому, що керівництво повинно керувати бізнесом таким чином, щоб у ньому не виникало порушень. По-друге, це було кількаразове використання одного і того ж інструмента, попередження та згоди, попередження та згоди, попередження та згоди - двох інструментів, якщо хоча б повинна була відбутися ескалація. По-третє, все це втратило суть. Справа в тому, чи збираєшся робити з передачею? Добре, коли ви робите грові перекази, викликають порушення співвідношень, а потім доводиться впорядковувати співвідношення, але порушення співвідношень є симптомами. Вони там для того, щоб привернути увагу. Звернувши увагу, ви йдете розбиратись, в чому полягає проблема, що викликає проблему для цілей НБУ, які полягають у безпеці, надійності захисті вкладників, а не передачу активів продовжувати. Ні в одному з цих двох питань про передачу не зачіпається. **Зовсім навпаки; вони закликають до продовження передачі.**

ГОЛОВА: Отже, замість цих попереджень або повторення попереджень, що, на вашу думку, повинен був зробити регулятор?

Пан Шарма: Не пізніше, ніж перед другою передачею, тобто до чергової передачі активів в кінці червня, регулятор повинен був сказати: Зупиніть передачу. Ми збираємося провести глибоке розслідування, скличемо виїзду комісію. Ми збираємося перевірити якість активів, характер зобов'язань і зрозуміти, які наслідки матиме передача запропонована передача для обох банків, якому вони будуть передані, Дельта

а та  
ці пе  
вкла

565.

201.

від

здій

зак

інш

обм

"уні

це

нег

заг

561

щс

пр:

від

ум

56

ре

а)

—

515

Кр

520

[К

521

[К

522

п





568. Більшість членів Трибуналу вважає, що НБУ не зміг належним чином здійснити свої регуляторні повноваження відповідно до статті 75 Закону про банківську діяльність.

569. Стаття 75 Закону про банківську діяльність передбачає наступне:

"Національний банк України зобов'язаний прийняти рішення, що кваліфікує банківську діяльність як проблемну, якщо він задовольняє хоча б одному з таких критеріїв:

[...]

2) банк не виконав вимоги вкладника або іншого кредитора, строк якої настає більше робочих днів тому;

[...]

5) банк не має ефективних та адекватних систем внутрішнього контролю управління ризиками, що створює загрозу інтересам вкладників чи інших кредиторів банку.»<sup>523</sup>



<sup>523</sup> Закон України «Про банки і банківську діяльність», статті 73 і 75, доказ П-18 (виправлений переклад).

<sup>524</sup> Перший звіт експерта Д. Гетьманцева, 13 березня 2016 р. [39] - [41].

<sup>525</sup> Перший звіт експерта Д. Гетьманцева, 13 березня 2016 р. [39] - [41].

<sup>526</sup> Перший звіт експерта Д. Гетьманцева, 13 березня 2016 р. [39] - [41].

57'  
не  
не  
си  
вс  
вк  
щ  
пс

С

П

зг

в

я

П

в

Г

Г

Г

з

Г

Г

Г

Г

Г

Г

Г

Г

Г

Г

Г



тим чином згідно з 571. Позиція України базується на розходженні у визначенні «претензії щодо несплачених коштів» та «вимогою платежу». На думку Трибуналу, ця різниця є необґрунтованою. Слово "претензія" в статті 75 (2) Закону про банківську діяльність синонімічне до слова "вимога". Трибунал не згоден з Україною в тому, що стаття 75 (2) вступає в силу тільки в разі невиконання банком своїх зобов'язань за договорами вкладів на вимогу. Це обмеження не впливає з формулювання статті 75 (2). Примітно, що в ході слухань український експерт, професор Гетьманцев погодився з [REDACTED]

Стенограма слухання, 27 квітня 2017, сс. 876 рядки 7-25 - стор. 877 рядки 1-14

**Пан Фіетта:** Ми вбережемо Вас від того, але я думаю, я запитав Вас ось про що. Чи згодні Ви, професор Гетьманцев, що НБУ був зобов'язаний захищати інтереси вкладників [REDACTED] процесі експропріації? Так чи ні, і ви можете уточнити, як тільки дасте відповідь.

**Професор Гетьманцев:** Я вважаю, що Національний банк повинен захищати інтереси вкладників в будь-якому випадку, зокрема, і тут.

**Пан Фіетта:** В контексті [REDACTED] вірно?

**Професор Гетьманцев:** В будь-якому випадку.

**Пан Фіетта:** Це означає, що в процесі, коли після експропріації [REDACTED] залишилась лише невелика кількість вкладників, НБУ повинен був захищати інтереси решти вкладників, вірно?

**Професор Гетьманцев:** Ну, ви намагаєтеся змусити мене відповісти на питання, на яке я не знаю відповіді. Тому що я не знаю, чи то тих, хто залишився вкладниками, або тієї частки вкладників, які були покинуті? Чесно кажучи, я ніколи не аналізував цього. Тому я не можу дати якісну відповідь на це питання. Ви запитували мене, чи повинен НБУ захищати інтереси всіх їх? На сто відсотків так. Ніяких обговорень.

**Пан Фіетта:** *Якщо гіпотетично є один вкладник у банку, НБУ зобов'язаний захищати інтереси цього вкладника. Чи не так?*

**Професор Гетьманцев:** *Звичайно.* [Курсив добавлено]

572. Тлумачення статті 75 (2) як такої, що застосовується тільки в разі безспору вкладу, за вимогою вкладника, суперечить меті Закону про банківську діяльність, повинна захищати інтереси всіх видів вкладників.

Більшість членів Трибуналу вважає, що Україна не змогла переконливо показати, що стаття 75 (2) виключає вкладника, який вніс строковий вклад.

573. По-друге, Україна стверджує, що існування с [REDACTED]

[REDACTED]

574. [REDACTED]

[REDACTED]

<sup>528</sup> Там же, с. 2.

<sup>529</sup> Контр-меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 року, [78] - [79]; Вторинне заперечення України по суті справи, 25 листопада 2016 р. [145] - [151].

дотр  
Кред  
пред

575.  
б че  
пові  
бані

576  
Маг

"Ду:  
сво  
вис  
вкл  
ком  
Фон  
ста

зах  
бан  
рег  
вим  
75

і де

577



си в разі безс  
ківську діяль

онливо показ

дійсність Ден

и відповідно

нів Трибуналу

іне значення

ія, висунуте

казів стало я

кий "оскаржу

зиту [ПРАК

Однак Укра

ня не оголо

лору про ді

є як постф

рибуналу ві

сності депоз

и Кредитпро

ь." 529

татив ПРАК

року за умо

зо "вимагати

і (2). Відпов

діяльність,

-303

зречення Укра

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

"Дуже схожа, однак, легша версія тієї ж катастрофи була в Україні, багато хто втратив свої гроші через банкрутства банків в Україні і, як наслідок, український законодавець висунув ідею надання хоча б певної «подушки» середньостатистичним власникам вкладів, фізичним особам, заявивши що, до певної суми ваші вклади в будь-який комерційний банк України будуть забезпечені нашими діями, шляхом заснування нами Фонду гарантування вкладів. [...] Для того щоб зробити систему працездатною і стабільною, Національний банк України був змушений вжити додаткових запобіжних заходів, за допомогою яких Національний банк України забезпечив би стабільність банківської системи України, забезпечив би виконання своїх наглядових та регулятивних функцій з метою змусити комерційні банки дотримуватися стандартів та

[REDACTED]

577. Це обґрунтування розглядається більшістю Трибуналу як тлумачення статті 75 (2).

<sup>530</sup> Стенограма слухання, 27 квітня 2017 р., с. 835 рядки 22-25, ст. 837, рядки 1-11.

578 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

581.  
 ся,  
 Кред  
 б. с  
 582  
 аде  
 «рв

579. По-третє, експерт з боку України, професор Гетьманець висловив думку,

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

58:  
 за  
 Кр  
 за

580. Загальною підставою є те, що ніщо не говорить про те, що існує будь-який взаємозв'язок між статтями 73 і 75. Професор Гетьманцев не переконав більшість членів Трибуналу в тому, що стаття 73 діє в якості попередньої умови для прийняття статті 75 з наступних причин. По-перше, в формулюваннях статей немає нічого, що дозволяло б припустити такий взаємозв'язок. По-друге, професор Гетьманцев не наводив ніяких доказів, таких як законодавчі акти, на підтримку свого тлумачення статті 73. Його словами, його аналіз заснований виключно на «логіці права».<sup>532</sup> Більшість членів Трибуналу не розуміє, як логіка змушує зробити висновок про те, що стаття 73 діє в якості попередньої умови щодо статті 75, коли про це не говориться в самих статтях. Тому більшість членів Трибуналу вважає, що стаття 73 не є попередньою умовою для прийняття статті 75.

58  
 за  
 і  
 б:  
 з:  
 Г  
 Г  
 в  
 Е  
 с  
 і  
 :

<sup>531</sup> Стенограма слухання, 27 квітня 2017 р., ст. 849, рядки 20-25, с. 850, рядки 1-9.  
<sup>532</sup> Перший звіт експерта Д. Гетьманцева, 13 березня 2016 р. [38].



581. У будь-якому випадку, взаємозв'язок між статтями 73 і 75 видається спірним з огляду на те, що більшість Трибуналу вважає, що зобов'язання [REDACTED] так і стаття 75.

**в. Стаття 73 Закону про банківську діяльність**

582. Стаття 73 передбачає, що НБУ має право застосовувати «засоби впливу, адекватні порушенню або ступеню такої загрози» у випадку, якщо банк здійснює «ризикову діяльність, що загрожує інтересам вкладників або інших кредиторів банку». <sup>533</sup>

583. Як встановило більшість членів Трибуналу, НБУ не зміг застосувати адекватні засоби впливу через постійні порушення законодавства України з боку [REDACTED]

584. При здійсненні інвестицій позивачі справедливо очікували, що українське законодавство, яке застосовується до таких інвестицій, а також наглядові, превентивні і каральні повноваження, надані НБУ як організації, відповідальній за регулювання банківської діяльності в Україні, будуть використані для забезпечення дотримання таких законів. У пункті 25 своїх свідчень пан Каплун, директор і акціонер компанії Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), підтвердив це: Ще однією важливою причиною, по якій Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), вирішила здійснити інвестиції [REDACTED] є відносна впевненість в тому, що за законом ви отримаєте свої інвестиції назад. Банківські депозити регулюються в Україні і в усьому світі. Україна має (і мала в той час) чітку збірку законів щодо банківського регулювання. У квітні 2010 року я отримав юридичну консультацію, яка підтверджує, що інвестиції захищені українським законодавством. Грунтуючись на юридичних та інших консультаціях, які ми отримали в той час, я очікував, що банківське законодавство України та його регулятори і державні установи захищатимуть інвестиції Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.), в разі виникнення

<sup>533</sup> Закон України «Про банки і банківську діяльність», статті 73 і 75, доказ П-18 (виправлений переклад).

серйозних труднощів в майбутньому. Мене також заспокоювали заходи надаються українськими судами ".<sup>534</sup> Докази пана Каплуна були беззаперечні.

585. Як встановив арбітражний суд у справі *Текмед (Тестмед) проти Мексики* справедливого і рівного ставлення, при його розгляді в світлі принципу встановленого міжнародним правом, "вимагає від Договірних сторін такого до міжнародних інвестицій, від якого б не постраждали основні очікувані враховувалися іноземним інвестором при здійсненні інвестицій . [...]

інвестор також очікує, що держава буде використовувати правові інструменти регулюють дії інвестора або інвестиції, відповідно до функцій, які покладаються на такі інструменти, і не буде позбавляти інвестора його встановленої компенсації». <sup>535</sup>

586. У цій справі поведінку НБУ можна охарактеризувати як свавілля, тобто "така містить недоліки, які будуть визнані ... будь-якою розумною та неупередженою людиною",<sup>536</sup> і таким чином суперечать справедливому та рівноправному ставленню відповідно до міжнародного права. Більшість Трибуналу відкидає твердження УОІ, що [REDACTED] було б непропорційно "з огляду на серйозність порушення Кредитпромбанком своїх обов'язків та рівень [REDACTED]

[REDACTED] Більшість Трибуналу вважає [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

<sup>534</sup> Перша заява свідка Ю. Каплуна, 7 травня 2015 року, [25].

<sup>535</sup> *Текнікас Медіоамбьенталес Текмед, С.А. (Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.) проти Сполучених Мексиканських Штатів*, МЦУІС, справа № ARB (AF) / 00/2, Рішення, 29 травня 2003 року, [154], ПЮ-49.

<sup>536</sup> Там же.

<sup>537</sup> Меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 року [80].

587.

терпи  
регул  
вплив  
пробл  
сваві  
націо  
рівно  
сваві  
інвес  
більш  
спра

iv. Г

588

в д  
сам  
пол  
бул  
пол

58

пс  
Вс

—  
53  
53  
54



или заходи зах  
беззаперечні.

587. [Redacted text block]

оти Мексики, п  
принципу сум  
зрін такого ста  
човні очікуван  
...]

ові інструмен  
кцій, які за  
його інвести

iv. Поведінка судів України

7, тобто "тако  
а неуперед  
івному став  
рдження У  
іно "з огля  
агрози інте  
налу вважа  
ватним за  
эдитпромб  
зів ліквідн  
едитпром  
важав пис  
их кред

588. Справа Позивачів, по суті, полягає в тому, що суди України відмовили Позивачам в дотриманні належної правової процедури та процесуальної справедливості і тим самим завдали шкоди шансам позивачів на повернення інвестицій.<sup>538</sup> Позиція України полягає в тому, що українські суди мали вагомі підстави для своїх рішень, а Позивачам було надано належну правову процедуру і процесуальну справедливість<sup>539</sup>, і що поведінка суду не призвела до рівня відмови у правосудді.<sup>540</sup>

589. Процедура є складовою стандарту справедливого і рівного ставлення. Трибунал посилається на формулювання стандарту справедливого і рівного ставлення у справі *Вейст Менеджмент (Waste Management)*:

пучених  
ЮО-49.

<sup>538</sup> Меморіал заявників, 7 травня 2015 р. [363] - [366], [369] - [371], [374] - [378].  
<sup>539</sup> Контр-меморіал України про заслуги, 15 березня 2016 року, розділ III.В.  
<sup>540</sup> Вторинне заперечення України по суті справи, [202], [363], [369].

«Мінімальний стандарт справедливого і рівноправного ставлення порушувати поведінкою, яка обумовлена державою, і яка завдає шкоди позивачеві, якщо по [...] тягне за собою недотримання належної правової процедури, що призводить до результату, який суперечить судовій етиці - як це може бути у випадку невиконання природного правосуддя в судовому процесі або повної відсутності прозорості та відкритості в адміністративному процесі».<sup>541</sup>

590. При визначенні того, чи порушила Україна стандарти справедливого і рівноправного звернення, Трибунал не розглядатиме правильність рішень українських судів. Замість цього Трибунал застосовує цілісний підхід до визначення того, чи Україна неупереджено і об'єктивно щодо: (i) Справи про повернення (активів); (ii) Справи про дійсність (договору); та (iii) Адміністративної справи.

#### а) Справа про стягнення

591. Справа про повернення стосується двох питань: (i) видачі та відкликання Рішення про арешт; та (ii) про призупинення розгляду і залучення до розгляду третьої сторони.

592. Відносно першого питання факти не оскаржуються. 1 липня 2013 року Господарський суд Києва виніс постанову про арешт майна Кредитпромбанку та заборону експропріації рухомого або нерухомого майна.<sup>542</sup> 3 липня 2013 року ПРАКТИКА подала заяву щодо виконання даної постанови.<sup>543</sup>

<sup>541</sup> Вейст Менеджмент Інк. (Waste Management, Inc.) проти Сполучених Мексиканських Штатів (справа № 2) МЦУІС, справа № ARB (AF) / 00/3, Рішення, 30 квітня 2004 року, [98], доказ ПЮ-47.

<sup>542</sup> [REDACTED] Постанову про арешт майна від Господарського суду, 1 липня 2013 року, доказ П-157.

<sup>543</sup> Меморандум позивачів по суті справи, 7 травня 2015 року [172]; див. також ПРАКТИКА проти [REDACTED] питання ПРАКТИКА щодо виконання Рішення на арешт майна, 3 липня 2013 року, доказ П-159.

593.  
8 лип  
ті мс  
вико  
вико  
вико  
Того  
Ріше

594.  
клог  
Кре,  
рок  
ПР/

595  
вик  
рай  
прс  
вин

—  
544  
Кре  
201  
545  
вин  
546  
ріц  
547  
(ра  
вин  
548  
Ріц  
ра  
20  
549  
Ріц  
ра  
20



593. Однак, оскільки в Рішенні на арешт майна була допущена типографічна помилка, 8 липня 2013 року ПРАКТИКА звернулася з заявою про відкликання Рішення, з тим щоб її можна було виправити і повторно подати відповідно до статті 47 Закону «Про виконавче провадження».<sup>544</sup> 8 липня 2013 року районний виконавчий орган повернув виконавчий документ ПРАКТИКА і призупинив всі примусові заходи, зазначивши, що виконавчий документ може бути ще раз поданий на виконання 8 липня 2013 року.<sup>545</sup> Того ж дня, після заяви ПРАКТИКА, Київський господарський суд вніс виправлення до Рішення про арешт.<sup>546</sup>

594. 9 липня 2013 року ПРАКТИКА подала до Державної виконавчої служби два клопотання про виконання Рішення про арешт, [REDACTED] [REDACTED] в НБУ, а інше - заборони на експропріації його майна.<sup>547</sup> 10 липня 2013 року районний виконавчий орган прийняв дві окремих постанови про прийняття заяви ПРАКТИКА і порушення виконавчого провадження.<sup>548</sup>

595. 22 липня 2013 року міський виконавчий орган (який знаходиться вище районного виконавчого органу в ієрархії України) видав дві постанови, згідно з якими постанову районного органу виконавчої влади від 10 липня 2013 року «Про початок виконавчого провадження» було прийнято з порушенням щодо статті 26 (7) Закону України "Про виконавче провадження".<sup>549</sup>

<sup>544</sup> Меморандум позивачів по суті справи, 7 травня 2015 року, [173]; див. також ПРАКТИКА проти [REDACTED]

2013 року, доказ П-160; Стаття 47 Закону про виконавче провадження, 21 квітня 1999 року, доказ П-270.

<sup>545</sup> [REDACTED] Постанова районного виконавчого органу «Про повернення для [REDACTED]

ПРАКТИКА

<sup>546</sup> [REDACTED]

<sup>547</sup> [REDACTED]

<sup>548</sup> [REDACTED]

<sup>549</sup> [REDACTED]

596. На думку більшості членів Трибуналу, міський виконавчий орган процесуальні права позивачів, відмовивши ПРАКТИКА в повторному зверненні клопотанням про виконання рішення про арешт від 8 липня 2013 року належній процедурі.

597. Всупереч твердженням України, стаття 26 (7) Закону України "Про виконання" навіть не розглядає, що станеться, якщо виконавчий документ повернений і згодом поданий на виконання повторно. Скасування 10 липня 2013 виконавчих постанов на підставі частини 7 статті 26 була явно необґрунтовано позбавило ПРАКТИКА права на порушення виконавчого провадження. У зв'язку з цим більшість членів Трибуналу приймає заяву позивачів про те, що в статті 47 (5) закону конкретно передбачається, що повернення виконавчого документу позбавляє [стягувача] права знову подати виконавчий документ для виконання. Це було підтверджено Пленумом Вищого комерційного суду відповідача менш ніж за втручання міського органу виконавчої влади:

"При розгляді скаргу на дії органів Державної виконавчої служби, пов'язані з відмовою в порушенні виконавчого виробництва на підставі пункту 7 частини 1 статті 26 Закону України "Про виконавче провадження", господарський суд повинен брати до уваги наступне. *Виходячи зі змісту пункту 1 частини 1 та частини 5 статті 26 Закону України, положень статті 26, якщо ці положення тлумачаться разом, повернення виконавчого документа на його заяву не означає припинення виконавчого провадження, не тягне за собою наслідків у вигляді неможливості порушення нового виконавчого провадження і не тягне за собою позбавлення стягувача права неодноразово звертатися до органу Державної виконавчої служби щодо виконання рішення суду.*<sup>551</sup> (Курсив додано)

<sup>550</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи від 21 червня 2016 року, [209]; стаття 47 Закону України "Про виконавче провадження", 21 квітня 1999 року, Доказ П-270.

<sup>551</sup> Постанова 9 Пленуму Вищого господарського суду України, 17 жовтня 2012, доказ П-272.

598. Бі  
проінф  
можли  
рішенн  
про ви  
викона  
зобов'  
напра  
вимога  
органу  
Україн  
режим

599. І  
ПРАК  
Рішен  
скасу  
пору  
повід  
Триб  
про с  
року

600.  
відз  
Київ  
Одс

552 С1  
553 П  
Київ  
Кред  
року  
скас  
Пос  
док  
554 Г  
вер



598. Більшість членів Трибуналу вважає кричущим порушенням, що ПРАКТИКА не проінформували про скасування виконавчого провадження та не надали їй ніякої можливості зробити подання або оскаржити рішення про скасування арбітражного рішення. Це явно суперечило вимозі про повідомлення, що міститься в статті 31 Закону про виконавче провадження, яким передбачено, що "копії постанов державного виконавця та інших документів виконавчого провадження [...], які державний виконавець зобов'язаний направляти сторонам та іншим учасникам виконавчого провадження, направляється за адресою з супровідними листами простою кореспонденцією".<sup>552</sup> Ця вимога щодо сповіщення також чітко зазначена у всіх чотирьох рішеннях районного органу виконавчої влади скасувати виконавче провадження ПРАКТИКА.<sup>553</sup> Пояснення України про те, що електронні копії виконавчих документів були доступні в онлайн-режимі, є незадовільним для більшості членів Трибуналу.

599. Беручи до уваги усе викладене вище, більшість членів Трибуналу вважають, що ПРАКТИКА було відмовлено в праві порушувати виконавче провадження відповідно до Рішення про арешт. Той факт, що ПРАКТИКА в кінцевому підсумку може оскаржити скасування виконавчого провадження районного виконавчого органу, не виправдовує порушення Україною процесуальних норм в той час, коли ПРАКТИКА повинна була бути повідомлена про скасування виконавчого провадження. У зв'язку з цим більшість членів Трибуналу зазначає, що апеляція ПРАКТИКА на рішення районного виконавчого органу про скасування виконавчого провадження не була розглянута, оскільки 24 вересня 2013 року інша колегія Господарського суду Києва скасувала Рішення про арешт.<sup>554</sup>

600. Що стосується відкликання Рішення про арешт, то більшість членів Трибуналу відзначає незадоволеність позивачів обґрунтуванням рішення Господарського суду м. Києва про відкликання Рішення про арешт і відмову в розгляді апеляцій ПРАКТИКА. Однак основна роль Трибуналу полягає не в тому, щоб судити про правильність

<sup>552</sup>Стаття 31, Закон про виконавче провадження, 21 квітня 1999 року, доказ П-273.

<sup>553</sup>Постанова начальника управління Державної виконавчої служби Печерського районного управління юстиції, м. Київ, Постанова № 554. 38892295 від 23 липня 2013 року, доказ П-32 (виправлений переклад); ПРАКТИКА проти Кредитпромбанку, Постанова районного виконавчого органу про скасування Рішення про арешт, 23 липня 2013 року, доказ П-169; ПРАКТИКА проти Кредитпромбанку, Постанова районного органу виконавчої влади про скасування Рішення про арешт (рахунок), 23 липня 2013 року, Додаток С-170; ПРАКТИКА проти Кредитпромбанку, Постанова районного органу виконавчої влади про скасування рішення про арешт (заборона), 23 липня 2013 року, доказ П-171.

<sup>554</sup>ПРАКТИКА проти Кредитпромбанку, Постанова Господарського суду про скасування рішення про арешт, 24 вересня 2013 р, доказ П-175.

івчий орган  
сторному звер  
2013 року

айни "Про ви  
вчий докумен  
10 липня 20  
необґрунто  
ння. У зв'яз  
статті 47 (5)  
го докумен  
і виконання  
і менш ніж 32

зані з відмо  
статті 26 3  
і брати до  
5 статті  
зм, повер  
ає припи  
неможли  
ю позбавл  
ної викон

акону Про



рішення Київського господарського суду. За таких обставин заяви позивача про відкликання рішення про стягнення були в достатній мірі обґрунтовані. У будь-якому випадку, саме по собі відкликання рішення не змінює висновків більшості членів Трибуналу про порушення зобов'язання забезпечувати справедливе і рівноправне ставлення.

601. Тепер Трибунал переходить до другого питання, а саме: призупинення розгляду справи та залучення до судового розгляду третьої сторони.

602. Знову ж, факти не заперечуються. 28 листопада 2013 року Господарський суд Києва призупинив провадження у Справі про стягнення до винесення остаточного рішення у Справі про дійсність. Відкинувши правильність рішення суду про призупинення Справи про стягнення, більшість Трибуналу вважає, що створення окремої колегії суддів у Справі про дійсність (договору), здається метою встановлення незалежності призупинення Справи про стягнення.<sup>555</sup>

603. Господарський суд Києва прийняв рішення зупинити провадження у Справі про стягнення відшкодування з наступних причин:

"Відповідно до частини 1 статті 79 Господарського процесуального кодексу України Господарський суд зупиняє провадження у справі в зв'язку з неможливістю продовження розгляду цієї справи до вирішення іншої справи, яка пов'язана з предметом вищезазначеною та *розглядається іншим судом* ...".<sup>556</sup> [Курсив додано].

604. За тиждень до подачі клопотання Кредитпромбанку про зупинення провадження у Справі про стягнення заборгованості той самий суд розглядав як Справу про дійсність

<sup>555</sup> Відповідь позивача на заперечення по суті справи, 21 червня 2016, [267]; четверта зміна в складі колегії суддівської колегії, 21 листопада 2013 р доказ П-191; ПРАКТИКА проти Кредитпромбанку, Рішення Господарського суду про зупинення провадження до вирішення справи Кредитпромбанк проти ПРАКТИКА, 28 листопада 2013 р доказ П-181.

<sup>556</sup> Господарський суд, Рішення про зупинення провадження у справі Кредитпромбанк проти ПРАКТИКА, 28 листопада 2013 р., доказ П-181.

так і С  
дійсніс  
зупине  
суддів  
варіан  
пов'яз

"неро  
обиде  
зміне  
прові  
більш  
про т  
сфоро  
приз  
явно

605.

госп  
(Кал  
заял  
госп  
про  
ПР,  
нак  
згід  
яке

60  
ви

557  
558  
28  
559  
ап



так і Справу провідшкодування. Четверта зміна в складі колегії суддів у справі про дійсність відбулась 21 листопада 2013 року, за 7 днів до прийняття Судом рішення про зупинення провадження від 28 листопада 2013 року. Причин для зміни складу колегії суддів представлено не було. Україна стверджує, що призупинення було єдиним варіантом, оскільки справа про відшкодування і справа про дійсність були "нерозривно пов'язані".<sup>557</sup> Якби дійсно справа про відшкодування і справа про дійсність були "нерозривно пов'язані", було б доцільно, щоб одна і та ж колегія суддів розглядала обидві справи. Проте суддівська колегія, яка розглядала справу про чинність, була змінена (у четвертий раз) лише за тиждень до того, як Суд вирішив призупинити справу провідшкодування. За відсутності узгодженого пояснення цього повороту подій, думка більшості членів Трибуналу полягає в тому, що наявні докази призводять до висновку про те, що інший трибунал для справи про дійсність був

сформований для того, щоб створити підставу для Київського господарського суду призупинити справу про відшкодування. Поведінка Київського господарського суду явно свавільна і порушує встановлений процес.

605. Крім того, на думку Трибуналу, непослідовність постанов Київського господарського суду щодо вручення документів третій стороні розгляду, а саме Калума (Kalouma), є ще одним доказом недотримання належної правової процедури. Щодо заяви Кредитпромбанку додати Калума (Kalouma) в якості третьої сторони, Київський господарський суд постановив, що Калума (Kalouma) буде поінформований про провадження у справі шляхом прямого надсилання документів<sup>558</sup>. На відміну від скарги ПРАКТИКА щодо зупинення справи про відновлення, Апеляційний господарський суд наказав, що справа Калума (Kalouma) буде розглянута через Міністерство юстиції Кіпру згідно з Гаазькою конвенцією, що є набагато більш тривалим службовим провадженням, яке, без сумніву, затримало розгляд справи про відшкодування.<sup>559</sup>

606. Підсумовуючи, більшість членів Трибуналу приходять до висновку, що скасування виконавчим органом виконання рішення про арешт, повідомлення ПРАКТИКА

<sup>557</sup> заперечення України по суті справи, 25 листопада 2016 р. [368].

<sup>558</sup> ПРАКТИКА проти Кредитпромбанку. Рішення про приєднання до справи Калуми, 29 жовтня 2013 року, доказ П-284.

<sup>559</sup> ПРАКТИКА проти Кредитпромбанку. Рішення Апеляційного господарського суду про призупинення розгляду апеляції до повідомлення Калума Холдінгз (Kalouma Holdings), 18 березня 2014 року, доказ П-184.

належним чином про скасування виконання рішення про арешт, створення нових суддів у Справі про дійсність з метою встановлення підстави для зупинення провадження у справі про стягнення, а також непослідовні службові накази українських суддів є достатніми доказами недотримання належної правової процедури попередженого ставлення у відношенні до Позивачів.

610. С  
непла  
догов  
була  
- нед  
явним  
правс

#### **в) Справа про дійсність**

607. Справа про дійсність є справою [REDACTED]  
червня 2013 року в Господарському суді Києва [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

611.  
Адмі  
Кред  
банк  
особ

608. Не заперечується той факт, що провадження у Справі про дійсність було відкладено через 19 місяців після дати отримання позовної заяви.<sup>560</sup> Позивачі заявляють, що затримка була навмисною і прирівнюється до зловживання положеннями законодавства України. Україна стверджує, що у суду були вагомі підстави для затримок, включаючи складність спору.<sup>561</sup>

612.  
доку  
озне  
позб  
сист

609. Більшість членів Трибуналу відкидає твердження України про те, що затримки були необхідними і виправданими через складність справи і труднощі з графіком Підстави, які Україна висловила для деяких із семи змін у групі суддів, недоступністю суддів і очевидною необхідністю уникнути конфлікту. Трибунал розглядає обґрунтованість і правильність причин, викладених Київським господарським судом для семи змін у колегії суддів.

613  
Адм  
Відп  
те,  
риві

<sup>560</sup> [REDACTED] рішення про відмову в задоволенні вимог [REDACTED] 2015 року, доказ П-124; Відповідь Позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 року, [156]; Конкретний меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 року, [151] - [152].

<sup>561</sup> Контр-меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 р., [137].



610. Однак подальша швидкість (через два тижні після оголошення Кредитпромбанку неплатоспроможним), з якої Господарський суд Києва підтвердив дійсність депозитних договорів, призводить до висновку, що затримка розгляду справи до цього моменту була необґрунтованою і що роз'яснення України в даному арбітражі - складність спору - недоречне. Необґрунтована і тривала затримка в розгляді справи про дійсність є явним доказом того, що судовий розгляд був упередженим і з порушенням належної правової процедури.

### с) Адміністративна справа

611. Адміністративна справа це провадження ПРАКТИКА проти НБУ в Адміністративному суді,<sup>562</sup> з клопотанням до суду про зобов'язання НБУ [REDACTED] відповідно до статті 75 Закону про [REDACTED]

612. Позиція Позивачів полягає в тому, що через неподання НБУ всіх відповідних документів до Адміністративного суду, внаслідок чого Адміністративний суд не був ознайомлений з фактами справи і неправильним тлумаченням закону, "Практика" була позбавлена останнього повноцінного засобу правового захисту в українській судовій системі.<sup>563</sup>

613. Трибунал вважає, що справа Позивачів ґрунтується на правильності рішення Адміністративного суду, а не на відмові в дотриманні належної правової процедури. Відповідно, Суд не вважає за доцільне або необхідне розглядати заяву Позивачів про те, що поведінка Адміністративного суду порушила стандарти справедливого і рівноправного ставлення відповідно до ДІД.

<sup>562</sup> ПРАКТИКА проти НБУ, Позовна заява, 22 листопада 2013 р., доказ П-202.

<sup>563</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 року, [275] - [297].

614. Трибунал також не вважає за необхідне розглядати дев'ять інших адміністративних справ, які мають обмежене значення для поточного арбітражного розгляду.<sup>564</sup>

d) ( )  
e)

#### у. Висновок за позовом про справедливе і рівноправне ставлення

615. У світлі вищевикладених міркувань і висновків більшість членів Трибуналу вважає, що Україна порушила стандарт справедливого і рівноправного звернення до статтю 3 (2) ДІД.

618. |  
вигоду

2.

#### **В. Позов про експропріацію в рамках статті 6 ДІД**

619. |  
кочкрі  
депоз

##### **1. Позиція Позивачів**

616. Позиція Позивачів полягає в тому, що Україна порушила статтю 6 ДІД, оскільки і бездіяльність України солідарно не дозволили позивачам повернути свої інвестиції та інші суми, заборговані Кредитпромбанком, тим самим позбавивши Позивачів інвестицій.<sup>565</sup>

620. |  
здійс  
незал  
сб'гру  
будь-  
пока:  
варті  
і (v)  
інвес

617. Пред'явлені дії і бездіяльність України включають в себе:

- a) нездатність НБУ втрутитися для захисту інвестицій Позивачів;
- b) не проведення НБУ процедури визнання Кредитпромбанку проблемним банком відповідно до статті 75 Закону "Про банки";
- c) нездатність інших державних органів України, а саме Кабінету Міністрів та посадових осіб Прем'єр-міністра і Президента, втрутитися для забезпечення захисту інвестицій Позивачів;

3

<sup>564</sup> Там же, [298].

<sup>565</sup> Меморандум заявників, 7 травня 2015 р. [419].



нших адміністра  
о розгляду<sup>564</sup>

- d) свавільне скасування Ордеру на арешт майна; та
- e) численні інші затримки та порушення, з якими зіткнулися Позивачі перед судами України.<sup>566</sup>

пення

ів Трибуналу  
звернення з

618. Позивачі стверджують, що в результаті дій України вони втратили економічну вигоду від своїх інвестицій.<sup>567</sup>

### 2. Позиція Відповідача

619. Позиція України полягає в тому, що заявники не змогли визначити жодного конкретного «активу», якого фактично був позбавлений будь-хто з них.<sup>568</sup> Угода про депозит та Додаток не є «інвестиціями» у значенні ДІД та Конвенції МЦУІС.

6 ДІД, оскільки  
ї свої інвести  
и Позивачів

620. Україна далі стверджує, що навіть якщо Трибунал встановить, що Позивачі здійснили інвестиції, він повинен відхилити позов Позивачів про експропріацію з п'яти незалежних причин: (i) Позивачі покладаються головним чином на бездіяльність в обґрунтування своєї вимоги за статтею 6 ДІД; (ii) Позивачі не показали повної втрати будь-яких ознак власності над їхньою "інвестицією"; (iii) Позивачі не можуть показати фактичну повну втрату вартості своїх «інвестицій»; (iv) будь-які втрати вартості, яких Позивачі могли зазнати в зв'язку з їхніми "інвестиціями", не є постійними; і (v) Позивачі не можуть вимагати компенсації за експропріацію своїх спекулятивних інвестицій.<sup>569</sup>

у пробле

### 3. Аналіз Трибунала

чету Мініс  
забезпеч

<sup>566</sup> Там же, [418].

<sup>567</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [502].

<sup>568</sup> Контр-меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 року [388] - [393].

<sup>569</sup> Вторинне заперечення України по суті справи, 25 листопада 2016 р. [480].

621. Стаття 6 ДІД передбачає наступне:

"Жодна з Договірних Сторін не буде вживати ніяких заходів, які прямо або опосередковано позбавляють громадян іншої Договірної Сторони їхніх інвестицій, якщо виконуються наступні умови:

- a. заходи вживаються в інтересах суспільства і відповідно до належної правової процедури;
- b. заходи не є дискримінаційними або такими, що суперечать зобов'язанню, яке Договірна Сторона, яка приймає такі заходи, могла прийняти;
- c. вживаються заходи щодо справедливої компенсації. Така компенсація повинна відображати справедливу ринкову вартість інвестицій, що зазнали впливу за час, що минув з моменту безпосередньо перед тим, як заходи стали відомі, таким чином, щоб врахувати вплив заходів на вартість інвестиції, включаючи відсотки за комерційною ставкою, встановленою ринковою базою з дати, коли заходи були вжиті до дати виплати. Для того, щоб бути ефективними для Позивачів, вони повинні бути оплачені та передані без зайвої затримки до країни, визначеної зацікавленими Позивачами та у валюті країни, громадянства Позивачів, або в будь-якій вільно конвертованій валюті, прийнятій для Позивачів».<sup>570</sup>

622. Відповідно до статті 6 ДІД Україна має право відчужувати майно при дотриманні наступних умов: (а) заходи вживаються в суспільних інтересах і відповідно до належної правової процедури; (б) заходи не є дискримінаційними і не суперечать будь-яким зобов'язанням, яке може надати Договірна Сторона, яка вживає такі заходи; (в) вживаються заходи щодо справедливої компенсації.

623. Дискусія тут точиться навколо факту існування процесу експропріації за статтею 6 ДІД. В твердженнях сторін увага на тому, чи була експропріація проведена відповідно до вищезазначених вимог, не акцентувалася. Зокрема, Україна не стверджує, що

<sup>570</sup> ДІД Нідерланди-Україна, доказ П-1.

заходів  
належ  
Спільн  
стоїть

624.

незалеж  
позивачів

625.

справ  
заход  
експр  
які со

626.

відбу  
серіє  
Стор  
викри  
дату  
ДІД.  
експ  
білы  
до г

571 М  
листе  
572 Ко  
спра  
573 Ко  
спра  
574 Ко  
спра



заходи НБУ і українських судів були прийняті в суспільних інтересах і з дотриманням належної правової процедури, чи що ці заходи не носили дискримінаційного характеру. Спільним є те, що компенсація не виплачувалася. Таким чином, перед Трибуналом стоїть питання, чи є заходи, прийняті Україною, експропріації відповідно до змісту ДІД.

624. Розглянувши клопотання Сторін, більшість Трибуналу вважає, що кожна з незалежних причин, висунутих Україною, не є підставою для відхилення претензії позивачів щодо експропріації. Заходи, вжиті Україною, є експропріація згідно з ДІД.

625. Більшість членів Трибуналу вище встановила, що Україна порушує стандарти справедливого і рівного ставлення. На думку більшості членів Трибуналу, ті ж самі заходи, застосовані Україною, були рівнозначні експропріації, являючи собою поступову експропріацію, яка розгорталася з плином часу в результаті ряду дій та бездіяльності, які солідарно знищили вартість інвестицій Позивачів.

626. На думку більшості членів Трибуналу, непряма або поступова експропріація відбувалась тут, коли права інвестора були анульовані не одним окремим актом, а серією дій або бездіяльності, які солідарно позбавляють інвестора його інвестицій.<sup>571</sup> Сторони не погоджуються щодо точної дати, коли така експропріація викристувалалася.<sup>572</sup> Більшість Трибуналу не вважає за необхідне визначати точну дату, коли експропріація викристувалалася, щоб встановити факт порушення статті 6 ДІД. З причин, роз'яснених нижче, більшість Трибуналу переконана, що мала місце експропріація інвестицій позивачів в контексті статті 6 ДІД. У будь-якому випадку, більшість Трибуналу приймає твердження Позивача про те, що експропріація відбулася до грудня 2013 року.<sup>573</sup> Україна не запропонувала альтернативної дати.<sup>574</sup>

<sup>571</sup> Меморандум позивачів, 7 травня 2015 року, [412] - [417]; Вторинне заперечення України по суті справи, 25 листопада 2016 р. [509] - [512].

<sup>572</sup> Контр-меморандм України по суті справи, 15 березня 2016 р. [429]; Відповідь позивача на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [533] - [535].

<sup>573</sup> Контр-меморандм України по суті справи, 15 березня 2016 р. [429]; Відповідь позивача на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [533] - [535].

<sup>574</sup> Контр-меморандм України по суті справи, 15 березня 2016 р. [429]; Відповідь позивача на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [533] - [535].

627. Більшість членів Трибуналу не згодні з аргументами України, на підставі яких Україна стверджує, що позов про експропріацію повинен бути відхилений. згідно з держав

628. Більшість членів Трибуналу відкидає твердження України про те, що Польща не змогла ідентифікувати будь-який конкретний "актив", якого будь-хто з них був позбавлений, оскільки Депозитна угода і Додаток не є інвестиціями відповідно до ДІД і Конвенції МЦУІС. Більшість Трибуналу вже встановила, що Депозитний договір і Додаток є "інвестиціями" у значенні ДІД та Конвенції МЦУІС. Цього достатньо, щоб спростувати це твердження України. 632. У прямих інвестиціях прямо бездія

629. Більшість членів Трибуналу також відкидає п'ять незалежних причин, за якими, за думку України, позов про експропріацію повинен бути відхилений. 633. втрат Українських інвестицій непрямими

630. По-перше, Трибунал відхиляє заяву України про те, що бездіяльність не являється експропріацією. Судова практика прозора. Експропріація може бути результатом бездіяльності держави. Це підтверджується статтями про відповідальність держав: 634. Тому непрямими

Термін "міжнародно-протиправна поведінка" включає бездіяльність і поширюється на поведінку, що складається з декількох дій або бездіяльності, які разом складають міжнародно-протиправне діяння.<sup>575</sup> 634. зниження

631. У справі *ЦМЕ (СМЕ) проти Чеської Республіки* Трибунал проаналізував статті нідерландсько-чеського ДІД (яка містить формулювання, майже ідентичне статті нідерландсько-українського ДІД) і встановив, що завдяки об'єднанню своїх дій бездіяльності Чеська Республіка вжила заходів, що позбавили позивача інвестицій.<sup>576</sup> Так само у справі *Еуреко (Eureko) проти Польщі* Трибунал встановив, що 634. зир білі інве

<sup>575</sup> Кроуфорд, Статті Комісії міжнародного права про відповідальність держави; введення, текст і коментарі (Cambridge University Press, 2002), с. 75, примітка 34, доказ ПЮ-59.

<sup>576</sup> *ЦМЕ Чеська Республіка Б.В. (СМЕ Чеська Республіка В.В.) (Нідерланди) проти Чеської Республіки*, UNCTAD, часткове рішення від 13 вересня 2001 року, [591], доказ ПЮ-29.



країни, на під  
ідхилений.

згідно з міжнародним правом, поняття "заходи" включає не тільки дії, а й бездіяльність держави.<sup>577</sup>

про те, що По  
хто з них був  
и відповідно  
Депозитний де  
Цього достат

632. У будь-якому випадку, звичайне значення статті 6 ДІД відноситься до будь-яких прямих або непрямих заходів, що позбавляють громадян іншої Договірної Сторони їхніх інвестицій. Дане положення жодним чином не виключає упущень, які призводять до прямого або непрямого позбавлення інвестиції. Відповідно, Трибунал вважає, що бездіяльність може прирівнюватись до міри позбавлення відповідно до статті 6 ДІД.

причин, за я

633. По-друге, Україна стверджувала, що Позивачі не надали будь-яких ознак повної втрати власності над їхньою "інвестицією". Більшість Трибуналу не погоджується з Україною в тому, що існує вимога показувати ознаки повної втрати власності над інвестицією, про яку йдеться. Більшість членів Трибуналу вважає, що це був випадок непрямой експропріації. Не заперечується й те, що тест на непряму експропріацію включає "позбавлення коштів вимагає або повної втрати вартості інвестицій, або повної втрати інвестором контролю над його інвестиціями, і те і інше – на постійній основі".<sup>578</sup> Тому вимоги демонструвати ознаки повної втрати власності щодо інвестиції немає; непряма експропріація може виявлятися або в повній втраті інвестором контролю над нею, або в повній втраті вартості інвестиції.

здіяльність не  
ція може ста  
до відповіда

і поширюєт  
разом скла

634. Більшість членів Трибуналу згодні з тим, що експропріація може статися там, де зниження вартості дуже близьке до 100%.<sup>579</sup> Більшість членів Трибуналу не повинна вирішувати, чи є експропріація повною втратою, оскільки, як пояснюється нижче, більшість з них дотримується думки, що кредитори зазнали повної втрати вартості своїх інвестицій.

лізував ста  
ентичне ста  
ню своїх  
позивача

ВСТАНОВИВ

<sup>577</sup> *Еуреко Б.В. (Eureka B.V.) проти Республіки Польща*, спеціальний арбітраж, часткове рішення, 19 серпня 2005 р., [186] - [187], доказ ПЮ-55.

<sup>578</sup> *Венесуела Холдінгз Б.В. (Venezuela Holdings, B.V. et al.) проти Боліваріанської Республіки Венесуела*, справа МЦУІС № ARB /07/27, Арбітражне рішення, 9 жовтня 2014 р., [286] і [288] - [306], доказ ВЮ-266, процитований в контр-меморандумі України по суті справи, 15 березня 2016 року [407]; Відповідь позивача на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [498].

<sup>579</sup> *Tokios Tokelès проти України*, МЦУІС справа № ARB / 02/18, Арбітражне рішення, 26 липня 2007 р. [120], доказ ПЮ-207.

г і коментарі

іліки, UNCITRAL

635. По-третє, Україна стверджувала, що Кредитори не змогли показати повну втрату вартості своїх інвестицій. Більшість членів Трибуналу зроблений раніше висновок про те, що Позивачі здійснили інвестиції в підприємство [REDACTED], з тим щоб отримати з цього вигоди заходи з порятунку банку виявляться успішними. З огляду на те, що [REDACTED] позивачі були позбавлені всієї економічної своїх інвестицій. Таким чином, заява України про те, що позивачі не продемонструвати повну втрату вартості своїх інвестицій, відхиляється.

636. По-четверте, Україна стверджувала, що будь-які втрати вартості, які понести позивачі в зв'язку з їхніми інвестиціями, не є остаточними. [REDACTED] все ще триває. Більшість членів Трибуналу не згодні з цим. [REDACTED] дійсно постраждали від позбавлення своїх інвестицій в тому сенсі, що бізнес [REDACTED] перебуваючи в стані неплатоспроможності, повністю припинив операції. Стан неплатоспроможності [REDACTED] є незворотнім за характером, а ліквідація [REDACTED] лише ймовірністю цієї постійної втрати не ознакою тимчасового характеру позбавлення. Тому твердження України про позивачі не зазнали остаточної втрати вартості своїх інвестицій, відхиляється.

637. По-п'яте, Україна стверджувала, що Позивачі не можуть вимагати компенсацію своїх спекулятивних інвестицій<sup>580</sup>. Україна стверджувала, що Позивачі інвестували кошти в банк, який через свою нездатність погасити заборгованість піддається реструктуризації, і тому приймала цей ризик до уваги в ході переговорів про високі процентні ставки за Депозитним договором та Додатком до нього. Тому інвестиції були ризикованими і спекулятивними.

638. Більшість членів Трибуналу розглянуло весь контекст, в якому Позивачі здійснили свої інвестиції в [REDACTED] вважає, що це не змінює його висновку про те, що вжиті Україною заходи рівнозначні відчуженню, що представляє собою повну експропріацію, яка розгортається з часом в результаті ряду дій і бездіяльності.

<sup>580</sup> Вторинне заперечення України по суті справи, 25 листопада 2016 р. [532].

соліда  
Здійс  
компе  
непра  
перен  
яке «  
рове,  
Маф

639.  
у ва  
прий  
суб'  
члеі  
конт  
мет  
риз  
Три  
екп  
зби

641  
біз  
ре

581  
582  
спі  
ви'  
ста  
пр  
зв  
ох  
пр  
ЕЛ  
АГ  
УГ



огли показати  
Трибуналу під  
інвестиції в пр  
и з цього вигон  
з, що Кредитпр  
їєї економічної  
позивачі не  
тяється.

солідарно знищили вартість інвестицій Позивачів в бізне [REDACTED]  
Здійснюючи це висновок, більшість членів Трибуналу відзначає аргумент України, що  
компенсація не повинна бути присуджена за шкоду, заподіяну власними  
неправомірними бізнес-рішеннями Позивачів.<sup>581</sup> Однак більшість Трибуналу не  
переконана, що це справа, в якій інвестор прийняв необережне інвестиційне рішення,  
яке «збільшило ризики в операції, і за що вони несуть відповідальність незалежно від  
поведінки держави щодо інвестора», як це було у справі *МТД (MTD) проти Чилі та  
Мафезіні (Maffzini) проти Іспанії*<sup>582</sup>.

вартості, які  
ми, оскільки лі  
згодні з цим. П  
нсі, що бізнес  
звнністю припл  
зворотнім за  
ї постійної вт  
з України про  
зхляється.

639. Той факт, [REDACTED]

[REDACTED] Однак, сказати, що позивачі  
прийняли "необережне ділове рішення" з "очевидним недоліком належної обачності" -  
суб'єктивне уявлення України про рішення позивачів про інвестиції, з яким більшість  
членів Трибуналу не згодні. Більшість членів Трибуналу вважають, що фактичний  
контекст відрізняється від українського. Інвестиції позивачів в проблемний бізнес з  
метою порятунку бізнесу були розраховані з урахуванням звичайного (а не зрослого)  
ризиком того, що ці розрахунки можуть виявитися невірними. Відповідно, більшість членів  
Трибуналу вважає, що Позивачі можуть вимагати відшкодування збитків за  
екпропріацію своїх інвестицій, і що така компенсація не повинна бути зменшена на суму  
збитку, ймовірно заподіяного їм власним необачним діловим рішенням.

гати компенса  
вала, що По  
іти заборгов  
ді переговор  
нього. Том

640. Найголовніше, що Позивачі втратили вартість своїх інвестицій не через через  
бізнес-ризик, якому вони піддавалися. Вони були позбавлені вартості своїх інвестицій в  
результаті дій або бездіяльності, що приписуються Україні.

<sup>581</sup> Вторинне заперечення (Репліка) України по суті справи, 25 листопада 2016 р. [579], [585] - [599].

<sup>582</sup> *МТД Іквіті Сдн Бхд. (MTD Equity Sdn. Bhd.) та МТД Чилі С.А. (MTD Chile S.A.) проти Республіки Чилі*, МЦУІС  
справа № ARB / 01/7, Рішення, 25 травня 2004 року, [178] і [242] ("Трибунал вирішив, що Позивачі понесли  
витрати, які були пов'язані з їхніми бізнес-судженнями незалежно від порушення справедливого і рівного  
ставлення в рамках ДІД. Вже, як вже зазначалося, Позивачі, на момент укладення контракту з паном Фонтен,  
приймали рішення, які збільшували їх ризики в угоді, і за які вони несуть відповідальність, Незалежно від  
звернення Чилі до Позивачів, вони погодилися сплатити ціну за землю з Проектом без належної правової  
охорони, а мудрий інвестор не сплатив би повну ціну за землю, оцінену за умови реалізації. Проект, як мінімум,  
проводитиме майбутні платежі до прогресу проекту, включаючи видачу необхідних дозволів на розробку».  
*Еміліо Августін Мафезіні (Emilio Augustin Maffezini) проти Королівства Іспанія*, МЦУІС Справа № ARB / 97/7,  
Арбітражне рішення, 9 листопада 2000 року, [64] ("Трибунал повинен підкреслити, що двосторонні інвестиційні  
угоди не є страховими полісами проти несприятливих суджень"), доказ ПЮ-48

звивачі здійс  
новку про те  
обою посту  
ездіяльності.

641. Через вищезгадані причини більшість членів Трибуналу дійшли висновку, що заходи, прийняті Україною, являли собою експропріацію, яке не супроводжувалося якої компенсацією, в порушення статті 6 ДІД. Таким чином, Кредитори мають право на компенсацію за експропріацію своїх інвестицій.

### С. Інші позови Позивачів щодо порушень ДІД

642. Позивачі також стверджують, що Україна порушила обов'язок надавати ефективні засоби для пред'явлення претензій і забезпечення дотримання прав, норми захисту безпеки, обов'язок дотримуватися зобов'язань за статтею 3 (1) і 3 (4) ДІД. Дані позови випливають з тих же фактів, які вже були розглянуті вище.

643. З урахуванням висновків більшості Трибуналу щодо порушення статей 3 (1) і 3 (4) ДІД, Трибунал не вважає за необхідне розглядати вимоги позивачів за статтею 3 (4) ДІД, оскільки кожна з цих вимог випливає з одних і тих самих фактів і не впливає на суми відшкодування збитків, присудженої Позивачам.

## VII. Засоби та обсяги правового захисту

### 1. Позиція Позивачів

644. По-перше, позиція Позивачів полягає в тому, що вони мають право на відшкодування своїх збитків відповідно до звичаєвого міжнародного права в зв'язку з порушенням Україною ДІД.<sup>583</sup> Стаття 6 ДІД не передбачає стандарт компенсації за незаконну експропріацію, вона лише встановлює стандарт компенсації за законну експропріацію.<sup>584</sup> Позивачі стверджують, що експропріація була незаконною і

<sup>583</sup> Меморандум позивачів, 7 травня 2015, розділ IV.

<sup>584</sup> Там же., [433].

повинні  
Україні

645. Г  
за по  
щодо

646.  
необ.  
року.  
Кред  
Кред

647.  
пози  
сум:  
при  
оскі  
і вк

648  
всі  
гру  
LIE

585  
586  
587  
588  
589  
590  
591



повинна бути відшкодована за принципом «якби не, то» ['but-for'] протиправну поведінку України відповідно до справи Хожувського заводу<sup>585</sup>.

645. По-друге, Позивачі стверджують, що судова практика підтверджує, що компенсація за порушення, не пов'язані з експропріацією, є нормою звичаєвого міжнародного права щодо повного відшкодування збитку<sup>586</sup>.

646. По-третє, Позивачі заявляють, що втручання НБУ забезпечило б Кредитпромбанку необхідні кошти для погашення основної суми боргу і відсотків позивачів до кінця 2013 року.<sup>587</sup> Далі, якби орган виконавчої влади не скасував рішення про арешт активів Кредитпромбанку, Кредитпромбанк був би в змозі повністю погасити інвестиції Кредиторів до кінця грудня 2013 года.<sup>588</sup>

647. По-четверте, г-н Девіс представив експертний висновок на підтримку позиції позивачів. За словами містера Девіса, відповідно до підходу «якби не – то», загальна сума інвестицій позивачів становить 30,344,001 дол. США.<sup>589</sup> За словами пана Девіса, при фактичному сценарії загальна вартість інвестицій позивачів дорівнює нулю, оскільки вкрай незрозуміло, чи зможуть позивачі коли-небудь повернути свої інвестиції, і вкрай мало ймовірно, що в найближчому майбутньому вони зможуть їх повернути.<sup>590</sup>

648. По-п'яте, Позивачі стверджують, що вони мають право нараховувати відсотки на всі присуджені їм збитки.<sup>591</sup> Складні відсотки повинні бути виплачені Україною з кінця грудня 2013 року до дати фактичної виплати збитків. Відповідна відсоткова ставка LIBOR + 4% щокварталу.

<sup>585</sup> Там же., [448]-[452].

<sup>586</sup> Там же., [443]-[447].

<sup>587</sup> Там же., [454]-[470].

<sup>588</sup> Там же., [471]-[479].

<sup>589</sup> Там же., [482] - [485].

<sup>590</sup> Там же., [486] - [491].

<sup>591</sup> Там же., [494] - [500].

649. По-шосте, Позивачі пропонують Трибуналу відшкодувати будь-які збитки, відсотки та витрати всім позивачам солідарно, не розподіляючи ці суми серед них.<sup>592</sup>

## 2. Позиція Відповідача

650. По-перше, позиція України полягає в тому, що стандарт компенсації є застосовним стандартом, передбаченим Договором.<sup>593</sup> Мірою компенсації є компенсація, яка представляє собою справедливу ринкову вартість інвестицій, на момент безпосередньо перед тим, як стало відомо про заходи, таким чином, щоб вплинути на вартість інвестицій.<sup>594</sup> Хожувський стандарт не застосовується, оскільки факти не показують незаконність, зумовлена обставинами, що виходять за рамки простої відсутності компенсації.<sup>595</sup> Нездатність виплатити компенсацію сама по собі не представляє експропріацію незаконним.<sup>596</sup>

651. По-друге, Україна стверджує, що Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) не має права вимагати відшкодування збитків, оскільки не має ніяких прав за депозитним договором або інвестиційними сертифікатами Фонду.<sup>597</sup> Крім того, Сіті-Стейт Н.В. (City-State N.V.) не має права вимагати відшкодування збитків, які нібито понесли її непрямі ділячі компанії.

652. По-третє, Україна стверджує, що ПРАКТИКА не має статусу юридичної особи, оскільки вона не має прямих або непрямих прав власності ні в Фонді, ні в Депозитному договорі.<sup>598</sup> ПРАКТИКА є лише керуючим активами Фонду.

653. По-четверте, Україна заявляє, що КРИСТАЛЛ-ІНВЕСТ та ПРОДІЗ не мають подільного права на Депозитний договір та, отже, повинні вимагати лише вартість інвестиційних сертифікатів у Фонді або відшкодування збитків у зв'язку з неоплатою

<sup>592</sup> Відповідь позивачів на заперечення по суті справи, 21 червня 2016 р. [582].

<sup>593</sup> Контр-меморандум України по суті справи, 15 березня 2016 р. [451] - [452].

<sup>594</sup> Там же, [453].

<sup>595</sup> Там же., [470].

<sup>596</sup> Там же., [465].

<sup>597</sup> Там же., [476]-[478].

<sup>598</sup> Там же, [479].



дь-які збитки, а  
ред них.<sup>592</sup>

дивідендами.<sup>599</sup> Вони не можуть вимагати відшкодування так, як би вони були сторонами Депозитного договору.

нсації є застос  
є компенсаці  
мент безпосер  
линути на ва  
и не показую  
простої відсу  
собі не р

654. По-п'яте, Україна стверджує, що позивачі не змогли довести причинно-наслідковий зв'язок між їхніми ймовірними збитками і ймовірними порушеннями Україною своїх міжнародних зобов'язань.<sup>600</sup> Сценарій «*but-for*» є вельми спекулятивним і ґрунтується на економічно і юридично необґрунтованих припущеннях.

I.V.) не має  
зитним дого  
3. (City-State  
її непрямі д

655. По-шосте, Україна стверджує, що заява позивачів про те, що фактична вартість їхніх інвестицій рівна нулю, повністю ігнорує той факт, що позивачі все ще можуть спробувати повернути свій борг, подавши позов проти кіпрських акціонерів Кредитпромбанку та / або його колишніх керівників.<sup>601</sup>

юридичної о  
ні в Депози

656. По-сьоме, Україна стверджує, що позивачі не мають права на будь-яку компенсацію за знецінення валюти України, що відбулося після грудня 2013 року, з наступних причин.<sup>602</sup> По-перше, Позивачі свідомо погодилися піддати себе валютному ризику, розмістивши депозит в гривні. По-друге, вони не змогли довести наявність причинно-наслідкового зв'язку між порушеннями з боку України і ймовірними збитками позивачів в зв'язку зі знеціненням української валюти після грудня 2013 року.

ОДІЗ не м  
ле вартість  
неоплачен

657. По-восьме, Україна стверджує, що стаття 6 ДІД не дає права на виплату Позивачам в доларах США.<sup>603</sup>

658. Нарешті, Україна стверджує, що відсотки, які присуджуються, якщо такі є, повинні бути лінійними, а не складними.<sup>604</sup>

<sup>599</sup> Там же, [480]-[489].

<sup>600</sup> Там же., [490]-[526].

<sup>601</sup> Там же., [527].

<sup>602</sup> Там же., [528]-[532].

<sup>603</sup> Там же., [533]-[534].

<sup>604</sup> Там же., [535].

### 3. Аналіз Трибуналу

#### i Підстава для вимоги компенсації

659. Твердження України про те, що кожен з позивачів не володіє процесом правоздатністю, вже було враховано в рішенні більшості членів Трибуналу юрисдикції, і Трибунал не вважає за необхідне говорити більше. Досить повторення визначення терміну "інвестиції" в ДІД і Конвенції МЦУІС включає опосередковане (непряме) володіння акціями. Кожен з Кредиторів має право вимагати відшкодування збитків, завданих внаслідок порушення Україною ДІД.

660. У тій мірі, в якій Україна стверджує, що кожен із заявників не зазнав безпосередньо збитків, спричинених Україною, більшість Трибуналу нижче розглядатиме цю проблему з точки зору причинності збитків.

#### ii Стандарт компенсації

661. Що стосується стандарту компенсації, то стаття 6 ДІД передбачає наступне:

"Така компенсація являє собою справедливу ринкову вартість інвестицій на момент безпосередньо передуює моменту, коли стало відомо про заходи, що впливають на вартість інвестицій, включаючи відсотки за комерційним курсом, встановленим на ринковій основі з дати прийняття заходів до дати виплати, і для забезпечення ефективності для позивачів виплачується і може бути, без невиправданої затримки, переведена в вільно конвертовану валюту будь-якої країни, зазначеної позивачем у валюту країни, громадянином якої є позивач, або в будь-яку іншу вільноконвертовану валюту, зазначену Позивачем".

662. С  
відшк

"Осно  
тому,  
наслі  
це діє

663.  
станд  
заст  
Триб  
двом  
спра  
мом  
оскі.

664

iii С

66:

66

"б

"п

Еі

—

60:

вє

60



662. Стандарт компенсації за незаконну експропріацію є часто цитованим стандартом відшкодування збитків, встановленим на Хожувському заводі:

"Основний принцип, що міститься в самому понятті незаконного діяння [...], полягає в тому, що відшкодування збитку має, наскільки це можливо, зводити нанівець всі наслідки цього незаконного діяння і відновити ситуацію, яка, ймовірно, існувала б, якби це діяння не було скоєно"<sup>605</sup>.

663. Сторони розходяться в думках щодо того, чи слід застосовувати стандарт ДІД або стандарт Хожувського заводу. Оскільки мова йде про незаконну експропріацію, слід застосовувати стандарт Хожувського заводу. Однак, на думку більшості членів Трибуналу, при застосуванні до фактів цієї справи істотних відмінностей між цими двома стандартами не спостерігається. У цьому випадку відшкодування позивачам справедливої ринкової вартості їхніх інвестицій, на момент, що безпосередньо передуює моменту перед експропріацією, також відповідає стандартам Хожувського заводу, оскільки отримання справедливої ринкової вартості "зніме всі наслідки" порушень ДІД.

664. Трибунал оцінить збитки у світлі вищезазначених принципів.

### iii Оцінка вартості

665. Як було встановлено вище, експропріацію було проведено до грудня 2013 року.

666. Щодо справедливої ринкової вартості, пан Девіс в ході слухань свідчив, що "балансова вартість в звичайному порядку є показником їхньої ринкової вартості" і що "під нормальним ходом подій ми розуміємо операційний банк, який торгує як банк."<sup>606</sup> Експерт з боку Відповідача свідчив, що балансова вартість є показником ринкової

<sup>605</sup> Справа Хожувського заводу (Німеччина проти Польщі), Рішення по суті справи, РСІ 1928, Ser. A, № 17, 13 вересня 1928, с. 47, доказ ПЮ-70.

<sup>606</sup> Стенограма слухання, 28 квітня 2017 р., С. 1004, рядки 12-14; стор. 1022, рядки 11-12.

вартості, якби актив був проданий в звичайних комерційних умовах, а не при за  
 На момент, безпосередньо перед експропріацією, банк, однак, не був за  
 Більшість членів Трибуналу прийняли свідчення пана Девіса і дійшли висно  
 балансова вартість [REDACTED] та Додатку до нього є на  
 відображенням справедливої ринкової вартості інвестицій Позивачів  
 безпосередньо перед експропріацією.

667. Експерт Позивачів, пан Девіс, вказав, що [REDACTED]

[REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED] Україна не оскаржила правильність цих цифр. Більшість  
 Трибуналу вважає, що це належним чином відображає справедливу ринкову  
 інвестицій Позивачів.

668. Більшість членів Трибуналу визнає, що зазначена вище справедлива р  
 вартість була розрахована на основі операції, яка [REDACTED]

[REDACTED] що вартість, визначена на основі об  
 ближчих до дати експропріації, була б, ймовірно, більш надійною. Однак предст  
 Трибуналу докази просто не забезпечують ніякої реальної основи для такого ріш

669. Що стосується питання про валюту компенсації, то більшість членів Триб  
 вважає, що Позивачі мають можливість в односторонньому порядку погодити  
 виплату "будь-який вільно конвертованої валюти" відповідно до статті 6 ДІД. Відпо  
 більшість арбітражів приходять до висновку, що Позивачі мають право на оп  
 доларах США. Оскільки стаття 6 стосується валюти компенсації, яка присуджує  
 Трибунал вважає, що сума в доларах США повинна обчислюватися виходячи  
 обмінного курсу на дату присудження компенсації, а не на дату експропріації. У

<sup>607</sup> Другий експертний звіт компанії Fair Links, 10 листопада 2016 року. [137].

<sup>608</sup> Другий звіт експерта Г. Девіса, 21 червня 2016 р. [2.7.4].

з цим,  
 гривня  
 вважає,  
 позивач

670. Тр  
 690 гри  
 на дат  
 станов

671. І  
 гриве  
 роки (і  
 повин  
 погас  
 згодні  
 які б  
 гроше  
 підст  
 відно

672.  
 нега  
 дого  
 номі  
 звич  
 Зам  
 Бер  
 пор  
 кош



х, а не при за  
ик, не був за  
дійшли висно  
нього є на  
Позивачів

з цим. Трибунал усвідомлює, що дата обмінного курсу впливає на збитки, оскільки гривня впала в 2014 році внаслідок політичних заворушень в країні. Однак, Трибунал вважає, що у статті 6 ДІД нічого не сказано про коливання валютних курсів, і тому позивачі несуть будь-які збитки, що виникають внаслідок коливання валюти.

оговору і До  
39 198 690  
з 1 квітня 20  
рафи за у  
трафи в ро  
Більшість  
ринкову в

670. Трибунал усвідомлює, що на момент присудження арбітражного рішення 239 198 690 гривень, перерахованих в долари США за обмінним курсом гривні до долара США на дату присудження, будуть коштувати набагато менше, ніж вимагали Позивачі (що становить 28 679 923 дол. США).

671 [REDACTED]

зедлива р  
010 року і  
рвні 2010  
основі об  
ак предст  
акого ріш

[REDACTED] За відсутності будь-яких доказів цього більшість членів Трибуналу не бачить підстав для захисту позивачів від подальшого знецінення української валюти по відношенню до долара США.

нів Трибу  
погодити  
Д. Відпов  
на опла  
исуджує  
виходя  
ації. У зв

672. Інша ситуація склалася б, якби Кредитори представили докази того, що вони негайно конвертували б українські грошові кошти, що належать їм за депозитними договорами, в долари США, можливо, через необхідність інвестувати ці кошти в іншу номіновану в доларах США інвестицію або через те, що така конвертація була звичайною практикою. Однак ніяких доказів, що підтверджують це, просто не було. Замість цього, Позивачі засновували свої доводи виключно на положеннях статті 6 ДІД. Беручи до уваги усе викладене вище, Трибуналу відомо тільки те, що якби Україна не порушила умови Депозитного договору, Кредитори отримали б належні їм грошові кошти у валюті України, а не в доларах США. Відповідно, більшість Трибуналу

<sup>609</sup> Перша доповідь експерта Г. Девіса, 7 травня 2015 р. [5.2.7].

присуджує позивачам компенсацію в розмірі [REDACTED] членів  
долари США за обмінним курсом, що діятиме на дату присудження. кожним

673. Щодо обмінного курсу гривні до долара США, що підлягає застосуванню, 676. Б  
конвертації гривні до долара США експерти обох сторін використовували курс гривен  
долара США від oanda.com.<sup>610</sup> Оскільки обидві сторони використовували курс гр курс у  
долара США від oanda.com, Трибунал застосовуватиме курс гривні до долара С рішені  
oanda.com на дату винесення рішення в розмірі 1 за 0.03725 доларів США  
конвертувати [REDACTED]

674. Позивачі вимагали від Трибуналу присудити компенсацію, відсотки і витрати iv Від  
Позивачам солідарно, без розподілу цих сум між ними. Експерт позивачів, пан Д 677. І  
ході слухань свідчив, що не розглядав питання про те, як кошти, отримані за депозит прий  
договором і перераховані ПРАКТИКА, могли б бути розподілені в рамках корпоративної  
структури:

Стенограма слухання, 28 квітня 2017 року, стор. 997 рядки 15-19. 678.  
reag  
експ

**Пан Бевілаква:** Кошти, отримані за депозитним договором і перераховані в ПРАКТИКА 679  
як би вони потрапили в корпоративну структуру? Ви розглядали це питання? Ship  
три

**Пан Девіс:** Ні. «ст  
післ  
ком  
прс  
виі

675. Україна також не подавала ніяких заяв з цього питання. Трибуналу були б  
докази з цього питання. За відсутності будь-яких доказів з цього питання більшість  
членів Трибуналу дотримується запропонованого Позивачами підходу. Отже, більшість

<sup>610</sup> Перший звіт експерта Г. Девіса, 7 травня 2015 року, [3.5.3], [5.2.3], [5.2.7]; Другий звіт експерта Г. Девіса, 2 червня 2016 року, [2.7.3], [2.7.5]; Обмінний курс гривні до долара США за 31 березня 2013 року від Oanda.com, доказ AM-28; Курс гривні до долара США за липень 2013 року з Oanda.com, доказ AM-38; UAH / USD за грудень 2013 року від oapada.com, доказ AM-39; Курс гривні до долара США - квітень 1997 - січень 2016 року, Oanda.com, додаток ФЛ-7. 611  
Pe  
612



зень, конверт членів Трибуналу необов'язково вирішувати питання про причини збитків, понесених  
я. кожним із Позивачів.

застосуванню, 676. Більшість Трибуналу вважає, що солідарно збитки Позивачів у розмірі [REDACTED]  
ували курс гр [REDACTED]  
ували курс гр курс у розмірі 1 гривня за 0,03725 доларів США, що застосовується на дату винесення  
до долара США рішення, збитки, що підлягають відшкодуванню, становлять [REDACTED]  
доларів США

#### iv Відсотки

отки і витраті 677. На думку більшості членів Трибуналу, рішення про виплату складних відсотків має  
вачів, пан Д прийматися з наступних причин.  
ані за депозити  
ах корпорації

678. Огляд судової практики показує, що складні відсотки відображають економічну реальність і є належним стандартом відповідно до міжнародного права в справах про експропріацію.

ні в ПРАКТИЦІ 679. У справі *Мідл Іст Цемент Шіпінг енд Хендлінг Ко. С.А. (Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.) проти Арабської республіки Єгипет* присуджені  
ння? трибуналом відсотки, у розмірі 6%, щорічно збільшувались.<sup>611</sup> Трибунал встановив, що  
«стосовно [...] претензій щодо експропріації, міжнародна юриспруденція та література, після детального розгляду, дійшли висновку, що відсотки є невід'ємною частиною компенсації, що виплачується після присудження, і що складний відсоток (на відміну від простого) наразі вважається доцільним як стандарт міжнародного права в таких випадках експропріації».<sup>612</sup>  
Були б кошти  
ння більш  
же, більш

<sup>611</sup> Мідл Іст Цемент Шіпінг енд Хендлінг Ко.С.А. (Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.) проти Арабської Республіки Єгипет, МЦУІС, справа № ARB / 99/6, Рішення, 12 квітня 2002 року, [178], доказ ВЮ-196.

<sup>612</sup> Там же, [174].

680. У справі *Ель-Пасо (El Paso) проти Аргентини* зазначається, що "арбітраж в цілому визнають складні відсотки в області захисту інвестицій" і розділяють викладену в цих рішеннях, що складні відсотки відображають економічну реальність, тому будуть краще забезпечувати повне відшкодування шкоди позивачеві."<sup>613</sup>

681. У справі *Оксидентал (Occidental) проти Еквадору* суд зазначив, що присуд складних відсотків в даний час "є нормою в недавніх справах про експропріацію в МЦУІС."<sup>614</sup>

682. Зовсім нещодавно арбітражний суд у справі *Тенаріс (Tenaris) проти Венесуели* присудив відсотки, що нараховуються раз на півроку.<sup>615</sup>

683. Виходячи з вищевикладеної судової практики, більшість членів Трибуналу висновку, що позивачі мають право на нарахування складних відсотків на суму інвестицій.

684. Що стосується того, як слід розраховувати складні відсотки, то більшість Трибуналу воліли б застосовувати 12-місячний Український індекс міжбанківських ставок (UIRD), оскільки грошові кошти, що належать позивачам за депозитним договором, виражені в українській валюті. Однак Позивачі попросили розрахувати відсотки за ставкою USD LIBOR за 12 місяців плюс 4%, розрахованої на щоквартальній основі з 31 грудня 2013 року до дати здійснення платежу. Україна не надала жодних аргументів, чому Кредитори не повинні мати право на 12-місячну ставку USD LIBOR плюс 4% річних. Крім того, жодна із Сторін не навела жодних аргументів на користь того, що UIRD слід або не слід застосовувати.

<sup>613</sup> Ель Пасо Енерджи Інтернешнл Компані (El Paso Energy International Company) проти Аргентини, МЦУІС, справа № ARB / 03/15, Рішення, 31 жовтня 2011 року, [746], доказ ВЮ-91.

<sup>614</sup> Оксидентал Петролеум Корпорейшн (Occidental Petroleum Corporation), Оксидентал Експлорейшн енд Продакшн Компані (Occidental Exploration and Production Company) проти Республіки Еквадор, МЦУІС, справа № ARB / 06/11, Рішення, 5 жовтня 2012 року, [840], доказ ПЮ-78.

<sup>615</sup> Тенаріс С.А. (Tenaris S.A.) та Тальта (Talta) – Трейдінг і Маркетинг Сосьєдад Юніпесоал Лда (Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda.) проти Боліваріанської Республіки Венесуела, МЦУІС, справа № ARB / 11/11, Рішення, 29 січня 2016 року, [594] - [595], доказ ПЮ-219.

685. ?  
вирази  
присуд  
долар  
застос

686. I  
розра  
на щ

VIII. I

687.  
заяв  
випр  
ста  
Відг

688  
вип  
по  
6  
ста

68  
ад





Гонорари та витрати арбітрів	
Пан Кавіндер Булл	198,148.29 дол. США
Професор Бріджит Штерн	192,818.99 дол. США
Пан Станімір Александров	155,722.99 дол. США
Професор Воган Лоу	12,000 дол. США
Адміністративні збори МЦУІС	138,000 дол. США
Прямі витрати	106,082.88 дол. США
<b>Всього</b>	<b><u>USD 799.773.15</u></b>

690. Вищезазначені витрати були оплачені за рахунок авансів, запитаних М Сторін, і повністю сплачених Позивачами.

691. Трибунал має широкі дискреційні повноваження щодо розподілу арбітр витрат, включаючи судові витрати і витрати сторін, відповідно до статті 61 (2) Ко МЦУІС, яка передбачає наступне:

"У випадку арбітражного розгляду трибунал, якщо сторони не домовляться про оцінює витрати, понесені сторонами в зв'язку з розглядом, і вирішує, як і ким сплачені ці витрати, гонорари і витрати членів Трибуналу і збори за користу приміщеннями Центру. Таке рішення є частиною арбітражного рішення".

692. В порядку здійснення своїх дискреційних повноважень Трибунал зазнач обидві Сторони представили гідні аргументи і що жодна зі сторін не прояв несумлінності. За обставин цієї справи, Трибунал вважає справедливим, щоб сторона несла свої власні судові витрати.

693. Суд і  
орівну мі  
платежів  
МЦУІС, на  
щоб Украї  
773,15 дол  
в'язку з і

X. Рішен

694. Біль



Суд далі встановлює, що гонорари і витрати Трибуналу і МЦУІС розподіляються рівну між сторонами. У зв'язку з цим Трибунал нагадує, що за відсутності будь-яких платежів з боку України, позивачі повністю виплатили авансові платежі, запитані МЦУІС, на загальну суму 899 920 дол. Виходячи з вищевикладеного, Трибунал вимагає, щоб Україна відшкодувала Позивачам половину зборів і витрат Трибуналу і МЦУІС (799 13,15 дол. США), виплачених з авансів, сплачених Позивачами в повному обсязі. У зв'язку з цим Відповідачу наказано виплатити Позивачам 399 886,57 дол. США.<sup>617</sup>

#### Рішення

94. Більшість Трибуналу вирішує, наказує, заявляє, що:

- (a) Трибунал має юрисдикцію щодо спору, переданого йому на розгляд в цьому арбітражі;
- (b) поведінка Відповідача є порушенням зобов'язання справедливого і рівноправного ставлення відповідно до статті 3 (2) ДІД;
- (c) поведінка Відповідача є порушенням заборони на експропріацію відповідно до статті 6 ДІД;
- (d) Відповідач виплачує позивачам 8 910 490 доларів США (що становить 239 198 690 гривень за курсом 1 гривня за 0,03725 доларів США, що діяв на дату винесення арбітражного рішення);
- (e) Відповідач виплачує Позивачам складні відсотки за 12-ти місячною ставкою USD LIBOR + 4%, що нараховуються щоквартально на суму, зазначену в підпункті (d) вище, такі складні відсотки нараховуватимуться з 31 грудня 2013 року до дати здійснення платежу;
- (f) арбітражні витрати, включаючи гонорари і витрати Трибуналу і МЦУІС, розподіляються між сторонами в рівних частках, і тому відповідач виплачує позивачам 399 886,57 дол. США;
- (g) кожна сторона несе свої власні судові та інші витрати; та
- (h) всі інші претензії відхилені.

<sup>617</sup> Решта коштів буде відшкодована Сторонам пропорційно до виплат, які вони надавали МЦУІС; Тому Позивачам буде відшкодовано весь залишок коштів на рахунку.

/підпис/

Володимир А. Александров

Арбітр

Дата: 16 липня 2018 року

/підпис/

професор Бріджит Штерн

Арбітр

(стосовно окремої думки, яка додається)

Дата: 07 липня 2018 року

/підпис/

Кавіндер Булл, СР

Голова

Дата: 03 липня 2018 року



Цей переклад з англійської мови на українську мову виконано мною, перекладачем Коваликом Дмитром Юрійовичем.

  
\_\_\_\_\_ (Ковалик Д.Ю.)

Місто Київ, Україна.  
«29» січня 2020 року я, Коберник Є.В., приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу, засвідчую вірність цієї копії з оригіналу документа; в останньому підчисток, дописок, закреслених слів, незастережених виправлень або інших особливостей не виявлено.

Письмовий переклад тексту з англійської мови на українську мову зроблено перекладачем Коваликом Дмитром Юрійовичем, справжність підпису якого засвідчую. Особу перекладача встановлено, його дієздатність та кваліфікацію перевірено.

Зареєстровано в реєстрі за № 477,478  
Стягнуто плати у гривнях відповідно до ст. 31 Закону України "Про нотаріат".

Приватний нотаріус

  
  
Всього проше  
процанура  
прошу  
світінсько  
238/96/01/1  
6/01/1/арку