

## ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ ЗА ДІЇ ДЕРЖАВНИХ УТВОРЕНЬ: УКРАЇНСЬКИЙ АСПЕКТ

**Тетяна СЛІПАЧУК,**  
Партнер АО «ЮФ «Василь Кісіль і Партнери»

**Олена ПЕРЕПЕЛИНСЬКА,**  
Старший юрист АО «ЮФ «Василь Кісіль і Партнери»

**Сергій УВАРОВ,**  
Юрист АО «ЮФ «Василь Кісіль і Партнери»

Як і було анонсовано в попередньому номері **«Юридичного журналу»**, продовжуючи тему статті **Едуардо Сільва Ромеро** щодо розгляду міжнародних арбітражних спорів, пов'язаних із участю держави в міжнародних комерційних спорах, у цій статті автори хотіли б зупинитись на українському аспекті зазначеного питання, а також проаналізувати деякі пов'язані з цим проблеми.

Ця стаття є продовженням попередньої публікації, але основна увага в ній буде приділена аналізу саме українського права та міжнародних договорів України із зазначеного питання, а також міжнародній арбітражній та судовій практиці за участю держави України та/або відповідних державних утворень. Крім того, в статті аналізуються аспекти співвідношення держави та її утворень у міжнародній практиці в дещо ширшому аспекті, ніж це описано в статті Е. С. Ромеро, присвяченій арбітражній практиці тільки МТП.

Приводом для згаданих публікацій став факт зростання кількості міжнародних арбітражів, в яких тою чи іншою мірою постає питання притягнення держави України до участі в провадженні у справі та до відповідальності за міжнародними комерційними контрактами, укладеними тими чи іншими суб'єктами права України, державними підприємствами, інституціями чи іншими утвореннями.

Держава сьогодні – це ієрархічно впорядкована та розгалужена система різноманітних органів, установ, організацій, підприємств та інших утворень, що самостійно вступають у приватноправові відносини, укладають цивільно-правові контракти. І якщо юридична можливість вище перелічених державних утворень нести самостійну відповідальність як правило не ставиться під сумнів, то питання про те, чи

можна притягнути до відповідальності за їх неправомірні дії державу, є набагато більш складним як з теоретичної, так і з практичної точки зору.

У разі порушення державним утворенням своїх зобов'язань перед контрагентом бажання та навіть потреба притягти державу до відповідальності може виникнути з багатьох причин. Як свідчить міжнародна практика, найпоширенішими та найочевиднішими з них є неможливість накласти стягнення на майно державного утворення з огляду на особливості внутрішньодержавного законодавства та судової системи відповідної держави, відсутність у державного утворення активів, на які можливо було б накласти стягнення за кордоном, та навіть його свідомо недостатня капіталізація.

Необхідно зауважити, що національне законодавство різних країн та міжнародна правозастосовна практика (зокрема і практика міжнародного комерційного арбітражу) виробила певні критерії для визначення, коли самостійною правосуб'єктністю юридичної особи можна і необхідно знехтувати, тобто «підняти корпоративну завісу» та притягти до відповідальності власників відповідної юридичної особи (її акціонерів або учасників) або її вищих посадовців [1]. Однак у випадку з державними утвореннями ситуація значно ускладнюється особливим статусом держави [2].

Очевидно, що держава не є рядовим учасником цивільно-правових відносин, бо вона є сувереном, здатним у межах своєї території видавати обов'язкові для виконання приписи, а також суб'єктом міжнародного публічного права. З огляду на це питання співвідношення відповідальності держави та державних утворень може постати як на рівні приватного права (наприклад, в міжнародному комерційному арбітражі), так і на рівні міжнародного публічного права (в інвестиційному арбітражі). Безумовно, в цих двох випадках як застосовне право, так і суб'єкти та зміст відповідних правовідносин відрізняються. Однак не можна ігнорувати той факт, що як приватноправовий, так і публічноправовий підходи, розглядають ту саму проблему з різних точок зору, а отже, просто не можуть не перетинатися.

### Термінологія або складнощі перекладу

Розглядаючи проблему співвідношення держави та державних утворень, а також можливість притягнення першої до відповідальності за дії останніх,

іноземна юридична доктрина розробила концепцію «*instrumentalities of state*». І хоча це поняття доволі широко використовується, узгодженості в його розумінні та визначенні й досі немає. Доволі суперечливими залишаються і терміни, які використовуються для його позначення в різних мовах, що робить знаходження адекватного українського еквіваленту ще більш проблематичним. Так, якщо в англійському терміні «*instrumentalities of state*» акцент робиться на функціональному критерію, а саме на тому, що відповідне державне утворення є інструментом дій держави, то вже у французькій мові термін «*emanation de l'etat*» швидше відображає структурний критерій, а саме те, що відповідне утворення «походить» від держави.

Немає єдності й у термінології, що використовується в міжнародно-правових документах. Одним з небагатьох таких документів, де вживається саме термін «*instrumentalities*», є Конвенція ООН про юрисдикційні імунітети держави та їх власності. В російській версії цієї Конвенції термін перекладено як «інституції» [3]. Водночас, на наш погляд, не можна з абсолютною впевненістю говорити, що цей термін, як він вживається в Конвенції, за змістом повністю збігається з поняттям «*instrumentalities of state*», що використовується в контексті визначення відповідальності держави за дії державних утворень. Ще більше сумнівів додає і той факт що у французькій версії Конвенції вживається термін «*organismes de l'etat*», замість прийнятого для цієї проблематики «*emanation de l'etat*».

Не додають ясності й Коментарі Комісії міжнародного права до Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, у російській версії яких термін «*instrumentalities*» перекладено як «інстанції» [4].

В українській юридичній доктрині це питання комплексно не досліджувалося, а тому адекватного терміна, що повністю б відповідав англійському «*instrumentalities*» або французькому «*emanation*» на даний момент просто не існує. З огляду на це, а також враховуючи недостатню визначеність самого поняття, ми вважаємо доцільним у цілях цієї статті запровадження та використання термінів «інституції держави» чи «державні утворення».

Крім того, схожа ситуація склалася і з іншим важливим для цієї проблематики терміном та похідними від нього, а саме «*attribution*» або «*attribute*», що широко використовується у праві міжнародно-правової відповідальності, в тому числі згадується і в Проекті статей Комісії міжнародного права про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння [5] (*дали – Статті КМП*). Більшість вітчизняних фахівців або оминають питання його адекватного перекладу на ук-

раїнську мову, або не приділяють дослідженню цієї проблеми належної уваги, використовуючи дослівний переклад російського терміна «*присвоение*» – «*присвоєння*». Дійсно, в російській версії Статей КМП термін «*attribution*» перекладено як «присвоєння», крім того в російській доктрині міжнародного права вживається поняття «*вменение*». Водночас, на думку авторів, вживання в українській мові терміна «присвоєння» не є коректним, оскільки не повністю передає його змістове навантаження. З огляду на це у цій роботі вживатиметься термін «*атрибуція*» (від лат. *attributio* – приписування) та похідний від нього – «*атрибутивувати*». Сподіваємось, що цей підхід не тільки дозволить коректно адресувати всі питання, але і буде початком одноманітного використання відповідної термінології в українській правовій літературі, а згодом і в законодавстві та судовій практиці.

#### Українське законодавство як *lex personalis*

За загальним правилом, під час вирішення питання щодо можливості притягнення держави до відповідальності за дії її утворень, перш за все, застосовуються норми права відповідної держави – особистий закон державного утворення, які визначають правовий статус відповідного утворення та його правовий зв'язок з державою та, відповідно, можливість її притягнення до відповідальності за дії такого утворення.

В українському законодавстві встановлено загальний принцип окремої відповідальності юридичної особи. Зокрема, згідно з ч. 3 ст. 96 Цивільного кодексу України (*дали – ЦК України*) «[у]часник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, встановлених установчими документами та законом». Аналогічне положення міститься і в ст. 219 Господарського кодексу України (*дали – ГК України*).

Більше того, ст. 176 ЦК України спеціально розмежує відповідальність держави та юридичних осіб нею створених, встановлюючи, що «[д]ержава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади не відповідають за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб, крім випадків, встановлених законом», а «[ю]ридичні особи, створені державою, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами, не відповідають за зобов'язаннями відповідно держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад».

Звичайно, що нормативно-правового акта, який би містив вичерпний перелік таких установлених

законом випадків, просто не існує. Аналіз законодавства України з цього питання дозволяє дійти висновку, що зазначені у вище перелічених статтях виключення з загального правила окремої відповідальності юридичних осіб стосуються, перш за все, певних видів товариств, таких як товариство з додатковою відповідальністю (ч. 2 ст. 151 ЦК України, ч. 4 ст. 80 ГК України), повне товариство (ч. 1 ст. 119 ЦК України, ч. 5 ст. 80 ГК України) та командитне товариство (ч. 1 ст. 133 ЦК України, ч. 6 ст. 80 ГК України). Для інших же видів товариств, таких як товариство з обмеженою відповідальністю (ч. 2 ст. 140 ЦК України, ч. 3 ст. 80 ГК України) та акціонерне товариство (ч. 2 ст. 152 ЦК України, ч. 2 ст. 80 ГК України, ч. 2 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства») принцип розмежування відповідальності спеціально підтверджено законодавством.

Між іншим, українським законодавством прямо встановлена субсидіарна відповідальність держави за дії її казенних підприємств: згідно з ч. 7 ст. 77 ГК України «[к]азенне підприємство відповідає за своїми зобов'язаннями лише коштами, що перебувають у його розпорядженні. У разі недостатності зазначених коштів держава, в особі органу, до сфери управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства».

Як бачимо з наведеного вище, позиція українського законодавства доволі чітка: держава за загальним правилом не несе відповідальності за дії створених нею юридичних осіб, а кількість винятків з цього правила дуже незначна.

Така позиція підтверджується і судовою практикою. Так, наприклад, у своєму рішенні від 29 березня 2007 р. у справі № 13/723 за позовом про стягнення з Міністерства оборони України заборгованості за договором про надання послуг зв'язку, що був укладений юридичною особою («Центральне спеціалізоване будівельне управління»), створеною Міністерством оборони і підпорядкованою йому, Вищий господарський суд України зазначив: «Міністерство оборони України та Центральне спеціалізоване будівельне управління [6] є окремими юридичними особами, а тому [...] не несуть відповідальності за борги один одного, тобто повинні самостійно відповідати за своїми зобов'язаннями». Аналогічного висновку дійшов Вищий господарський суд і у справі № 40/491-05 (рішення від 14 червня 2006 р.), розглядаючи позов до Харківської районної державної адміністрації про стягнення боргу комунального підприємства, що було нею створено.

### Співвідношення держави та її утворень у міжнародній практиці

Водночас, як свідчить міжнародна практика, у деяких випадках загальний принцип окремої відповідальності юридичної особи, встановлений у *lex personalis*, може бути проігноровано з огляду на фактичні обставини справи (так звані «економічні реалії, що стоять за спором»).

Перед тим як переходити до аналізу цих випадків, необхідно зауважити, що питання співвідношення держави та створених нею державних утворень може поставати на декількох рівнях: 1) по-перше, в міжнародному комерційному арбітражі під час розгляду спорів, що виникли з контрактів, сторонами яких спочатку були державне утворення та його іноземний контрагент; 2) по-друге, під час визнання та виконання арбітражних рішень, винесених проти держави (наприклад, коли кредитор намагається накласти стягнення на майно, що належить державному підприємству) або проти державного утворення (наприклад, коли зважаючи на відсутність у боржника активів за кордоном, кредитор намагається накласти стягнення на майно держави); 3) та по-третє, в інвестиційному арбітражі, коли позивач намагається довести, що дії державних утворень становлять собою порушення міжнародних інвестиційних зобов'язань відповідної держави. В кожному з цих трьох випадків розглядаються різні аспекти співвідношення держави та державних підприємств, а тому кожен з них окремо коротко розглянуто нижче.

### Відповідальність держав за порушення державними утвореннями контрактних зобов'язань: доктрина та практика міжнародного комерційного арбітражу

Цей аспект доволі детально досліджено в роботі Едуардо Сілва Ромеро «Чи несуть держави відповідальність за дії своїх інституцій? Арбітражна практика МТП» [7]. Узагальнюючи багаторічну практику Міжнародної торгової палати, пан Ромеро дійшов висновку, що держава може бути притягнута до відповідальності у двох основних випадках: по-перше, якщо арбітражний суд встановлює, що вона безпосередньо набула зобов'язань згідно з контрактом, а отже, має відповідати за його порушення; а по-друге, якщо відповідальність держави засновується не безпосередньо на контрактних зобов'язаннях, які набуваються державним утворенням, а на певних додаткових міркуваннях, – у цьому випадку відповідальність держави має опосередкований характер.

У другому з перелічених випадків особливо гостро постає питання про юрисдикцію арбітражного

суду. Загальновідомим є факт, що повноваження арбітражного суду вирішувати певний спір ґрунтується на укладеній арбітражній угоді й поширюється лише на сторони такої угоди, а тому мають існувати виключні обставини для того, щоб поширити дію арбітражної угоди на державу, яка не є стороною контракту. При цьому пан Ромеро зазначає, що держава може нести непряму відповідальність у трьох ситуаціях: 1) коли порушення державним утворенням свого зобов'язання є наслідком нездійснення державою належного контролю або нагляду; 2) коли держава навіть у не явно вираженій формі виступає гарантом зобов'язань державного утворення; і 3) коли держава є правонаступником ліквідованого державного утворення.

Що ж до першого випадку, то згідно з висновками пана Ромеро випадки безпосередньої відповідальності держав можуть бути зведені до таких теоретичних концепцій: 1) коли згідно з міжнародно-правовими нормами атрибуції дії державного утворення мають бути атрибутовані державі; 2) коли з огляду на економічні реалії державу та державне утворення слід розглядати як один і той самий суб'єкт; та 3) якщо державне утворення виступає як представник (агент) держави, набуваючи обов'язків не безпосередньо для себе, а від імені та на користь останньої. Перша концепція, як визнає сам Е. С. Ромеро, майже не застосовується у практиці міжнародного комерційного арбітражу, крім випадків, коли міжнародне право було обране сторонами як право, що застосовується до контракту.

Щодо другої та третьої концепцій, то вони були розроблені приватним правом та спочатку стосувалися лише приватних компаній, зокрема відносин материнських та дочірніх компаній [8]. Водночас на сьогодні можливість їх використання під час притягнення до відповідальності держави доволі широко визнана [9], хоча, на думку деяких дослідників, критерії застосування таких доктрин, як *alter ego* та агентство (представництво), що були розроблені у приватному праві, не можуть бути сліпо перенесені на справи за участю держав [10], оскільки в них не враховується особливе положення держави та відповідно специфічний характер її взаємовідносин з державними утвореннями, що відрізняється від відносин між приватними материнськими та дочірніми компаніями [11].

З іншого боку необхідно мати на увазі, що арбітражні суди в разі висновку про притягнення держави до відповідальності, як правило, обґрунтують своє рішення сукупністю всіх обставин справи без посилання на певну конкретну теоретичну концепцію. Відповідно, зворотній процес узагальнення арбітражної практики та підлаштування

висновків арбітражних судів під певні загальнотеоретичні шаблони часто може бути доволі штучним.

З огляду на зазначені вище складнощі робилися й інші спроби визначити перелік підстав для притягнення держав до відповідальності за дії своїх утворень. Так, на думку Карла-Хайнца Бюкштігеля, держави можуть нести відповідальність за дії своїх підприємств у таких випадках: 1) за принципом *estoppel* (відомого в континентальній системі права як «*venire contra factum proprium*»), наприклад, у разі якщо державне підприємство уповноважується державою надавати своєму контрагенту певні гарантії та запевнення від імені держави, остання не може доволі відмовитися від таких зобов'язань всупереч своїй попередній поведінці; 2) у разі функціональної ідентичності державного підприємства та держави – коли державне підприємство фактично виконує елементи публічної влади, зокрема діє у сфері, що традиційно належить до обов'язків держави; 3) у разі, якщо корпоративна форма використовується державою з метою ухилення від виконання зобов'язань та зловживання правами («*abuse of rights*») [12].

Варто наголосити, що всі наведені концепції є лише загальними схемами, а їх практичне застосування вимагає визначення певних критеріїв, факторів, що свідчитимуть, наприклад, про повну економічну ідентичність держави та державного утворення, чи про те, що останнє діяло від імені держави. І саме з цього питання немає єдності ані в доктрині міжнародного арбітражу, ані в міжнародній арбітражній практиці.

Зважаючи на це, в цьому розділі автори спробують зосередитися не на загальних доктринах, що можуть лежати в основі притягнення держав до відповідальності за дії її підприємств, а на окремих факторах, критеріях, що беруться до уваги арбітражними судами під час розгляду таких справ.

Згідно з найбільш консервативним підходом, для того щоб покласти відповідальність на державу, необхідно чітко продемонструвати, що держава мала набути зобов'язань за контрактом [13]. Яскравим прикладом такого підходу є справа МТП № 9151 (справа стосувалася нафтової концесії компанії Bidas SAPIC у Туркменістані) [14]. Незважаючи на повний контроль уряду над державним підприємством-контрагентом, його участь в узгодженні, укладенні та виконанні контракту, арбітражний суд відмовив у притягненні держави до відповідальності, зазначивши зокрема:

«[Н]авіть якщо б було встановлено, що Туркменгеологія та Міністерство були «продовженням» або органами держави, використання цих метафор (а саме ними є зазначені вирази) не означало б, що Уряд Туркменістану був стороною контракту...

Очевидно, що Уряд Туркменістану вирішив не ставати стороною [Контракту], а натомість уповноважити укласти цю угоду суб'єкта, який є самостійною юридичною особою, і який має власне відокремлене майно. ... Щоб там не було сказано на стадії тендеру про роль Уряду, Уряд не підписував угоду, і напевно, таке його рішення було добре зваженим. І це зовсім не дивно. Діяльність Туркменської сторони [Контракту] є скоріше комерційною, аніж суверенною. Очевидно, що дії Уряду щодо уповноваження, схвалення та контролю, як би далеко вони не заходили, самі по собі не роблять його стороною [Контракту]» [15].

Відсутність узгодженої позиції з питання про притягнення держав до відповідальності за дії своїх утворень було яскраво підтверджене у справі МТП № 9058 [16]. За аналогічних обставин справи (спір стосувався іншої нафтової концесії компанії Bidas SAPIC у Туркменістані) арбітражний суд визнав відповідальність держави за порушення контракту, укладеного державним підприємством. На відміну від справи МТП № 9151, у цій справі була зайнята позиція, що «легітимні очікування» сторін мають бути взяті до уваги. З огляду на це суд постановив:

*«Положення контракту, що узгоджувалися з урядом, та передбачали зобов'язання, які може виконати тільки уряд, в поєднанні з поведінкою сторін, яка тільки підтверджує цей факт, безумовно приводять до висновку, що сторони, які погоджували умови взаємовідносин, мали намір, щоб уряд був зв'язаний тими умовами контракту, які тільки він міг виконати»* [17].

У справі МТП № 9954 арбітражний суд взяв до уваги ще один важливий критерій, а саме те, що предмет контракту належав до сфери відповідальності держави (спорудження основної транспортної артерії країни). Цей фактор у комплексі з іншими (те, що відповідне державне утворення не мало свободи дій та було у своїй діяльності повністю підконтрольне державі, а також те, що сама поведінка держави давала контрагенту підстави вважати, що за зобов'язаннями, взятими державним підприємством, стоїть сама держава (а саме поведінка держави та її органів у процесі укладання договору та під час його реалізації, зміст взятих зобов'язань та безпосередній інтерес держави у реалізації проекту), на думку арбітражного суду, надали достатні підстави, щоб визнати, що шляхом укладення контракту державним підприємством держава безпосередньо набула зобов'язань за цим контрактом, а отже, і має нести відповідальність за його порушення [18].

У справі МТП № 12913 арбітражний суд також визнав відповідальність держави. При цьому, крім вже згаданих факторів, як-то те, що держава здійснювала повний контроль та фактично маніпу-

лювала державним утворенням (зокрема відповідне державне утворення було створене державою спеціально для цілей реалізації одного проекту та в процесі своєї діяльності постійно було представлене урядовими посадовцями), арбітражний суд також обґрунтував своє рішення тим, що окрема корпоративна форма державного підприємства була недобросовісно використана державою як інструмент для ухилення від виконання договірних зобов'язань («*abuse of rights*») [19].

Таким чином, на основі аналізу наведеної вище практики можна дійти висновку, що при притягненні держави до відповідальності за дії своїх підприємств у міжнародній арбітражній практиці до уваги беруться, серед іншого, такі фактори:

(i) Легітимні очікування сторін. Для їх визначення, зокрема, необхідно детально дослідити обставини укладення та виконання контракту, а також врахувати, чи належить предмет контракту до сфери повноважень держави, тобто слугує задоволенню публічних інтересів та має на меті виконання державою своїх зобов'язань перед суспільством [20].

(ii) Наявність очевидних зловживань з боку держави окремою корпоративною формою державного підприємства, тобто його використання як інструмента ухилення від виконання зобов'язань та уникнення відповідальності.

Узагальнюючи викладене вище, необхідно наголосити на тому, що на сьогодні в практиці міжнародного комерційного арбітражу немає єдиного узгодженого підходу щодо підстав притягнення держави до відповідальності за контрактами, укладеними державними підприємствами. Консервативний підхід обмежує такі випадки лише ситуаціями, коли держава продемонструвала чіткий намір бути пов'язаною положеннями контракту. Однак навіть відповідно до більш ліберального підходу держава може бути притягнута до відповідальності за контрактними зобов'язаннями своїх підприємств лише у виключних випадках.

Тим не менш, описана вище арбітражна практика щодо таких винятків та факторів, що їх зумовлюють, дає підстави замислитись і над українськими реаліями участі державних підприємств у комерційних контрактах з іноземними контрагентами, їх узгодженням, публічними заявами щодо виконання, а також над ризиками, які вони в собі потенційно можуть нести для нашої держави.

#### **Співвідношення держави та державних підприємств під час визнання та виконання арбітражних рішень**

Досить часто питання співвідношення держави та її утворень постає вже після закінчення

арбітражного розгляду справи – на етапі визнання та приведення до виконання відповідного арбітражного рішення, винесеного проти такого утворення.

Причини, з яких у кредиторів за арбітражним рішенням виникає бажання накладати стягнення на майно держави, згадані на початку цієї статті.

Однак, на відміну від описаної у попередньому розділі ситуації з притягненням держави до участі в арбітражному провадженні, у процедурі визнання та виконання відповідного арбітражного рішення застосовуються інші критерії та враховуються інші фактори, що зумовлено відмінною правовою природою цих двох процедур.

На відміну від арбітражного провадження, заснованому на згоді сторін, в контексті визнання та виконання арбітражних рішень немає необхідності визначати, чи відповідає держава за порушення контракту та чи є вона пов'язаною положеннями контракту, укладеного державним утворенням. Натомість мова йде про визначення активів, на які можна накладати стягнення для задоволення боргу, встановленого арбітражним рішенням. Відповідно, співвідношення державного утворення та самої держави досліджується не на основі участі держави в узгодженні, укладанні та виконанні певного конкретного контракту, а в цілому, на основі загального характеру відносин та правового зв'язку між ними.

Важливо також враховувати, що справи з визнання та приведення до виконання арбітражних рішень розглядаються національними судами, а не міжнародними судовими чи арбітражними установами, що зумовлює ряд особливостей.

По-перше, під час залучення держави як сторони у справі неодмінно постає питання державного імунітету (як юрисдикційного, так і імунітету проти виконання). Слід мати на увазі, що на сьогодні значна кількість держав (особливо на пострадянському просторі) дотримуються концепції абсолютного імунітету (хоча існують певні спроби та навіть помітна тенденція поступового переходу до доктрини функціонального імунітету як у контексті визначення імунітету третіх країн, так і закріплення меж власного імунітету) [21]. Тобто на даний момент в цих країнах *a priori* не може бути поставлене питання про виконання арбітражного рішення, постановленого проти іноземної держави та про звернення стягнення на будь-яке її майно за відсутності її безпосередньої згоди. Та навіть у країнах, де концепція функціонального імунітету є визнаною та усталеною (наприклад Великобританія, США, Франція), норми, що його регулюють, відрізняються.

По-друге, для кожної країни характерна своя особлива процедура та процесуальна форма, в якій

може бути накладене стягнення на майно відповідно держави чи державного утворення, що зумовлено особливостями процесуального законодавства кожної країни.

По-третє, висновок суду щодо можливості ігнорування окремої правосуб'єктності державного утворення та накладення стягнення, залежно від обставин, на майно цього утворення чи майно держави залежить від національного законодавства, судової практики, а також доктрини держави суду стосовно цього питання. При цьому, на відміну від практики міжнародного комерційного арбітражу, описаної вище, національні суди, як правило, суворо дотримуються встановлених та визнаних у національному праві правових концепцій.

Наприклад, у Франції для того, щоб виконати рішення проти держави за рахунок майна державного підприємства, необхідно встановити, що останнє є «*emanation de l'etat*». Останнє означає, що саме існування державного підприємства має повністю залежати від держави: відповідне утворення не має фінансової самостійності, виконання його зобов'язань повністю залежить від фінансування з державного бюджету, держава безпосередньо розпоряджається або надає вказівки щодо розпорядження його фінансами (наприклад, доходи підприємства надходять безпосередньо до державного бюджету або йдуть на фінансування певних програм, а не просто виплачуються державі як власнику як дивіденди) [22].

У Сполучених Штатах підстави та критерії ігнорування окремої юридичної особистості державних підприємств були визначені у справі «*First Nat'l City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*» [23]. Зокрема, суд зазначив, що презумпція юридичної відокремленості держави та створеного нею державного підприємства може бути спростована, якщо останнє перебуває під таким всеохоплюючим контролем держави, що відносини між ними слід розглядати як відносини принципала та агента (довірителя та повіреного) або ж якщо визнання їх юридичної відокремленості призведе до «обману чи несправедливості» [24]. Деякі суди Сполучених Штатів розглядали ці підстави як різновид доктрини *alter ego* [25].

Британські суди, у свою чергу, готові «проникнути за корпоративну завісу» державного підприємства, якщо доведено, що воно є суто фіктивним утворенням, так би мовити «ширмою», що створюється та використовується державою для уникнення відповідальності та приховання своїх активів від кредиторів [26].

Таким чином, у багатьох розвинених країнах визнається можливість у виключних випадках накладення стягнення на майно державних підприємств

за борги держави та навпаки. Однак процедура та конкретні критерії визначення цих випадків залежать від юридичної традиції та особливостей законодавства цих країн.

Окремо слід звернути увагу на те, що згідно із законодавством багатьох країн СНД майно державних підприємств не перебуває у власності останніх, натомість вони володіють, користуються та розпоряджаються ним на праві повного господарського відання. Враховуючи те, що цей інститут є абсолютно невідомим праву інших країн, а відповідна кваліфікація цих відносин може здійснюватися через призму правових концепцій держави суду, існує ризик, що на це майно буде накладене стягнення за борги держави незалежно від висновків суду щодо співвідношення держави та державного підприємства, що більш детально описано у підрозділі «TMR Energy Limited проти ФДМУ, АНТК ім. Антонова та держави Україна».

Атрибуція державі дій державних утворень в інвестиційному арбітражі

Дещо в іншому аспекті постає проблема атрибуції державі дій її утворень в інвестиційному арбітражі. Відмінність полягає у тому, що держава вже є відповідачем у справі, а предметом спору, як правило, є не порушення державою чи певним державним утворенням контрактних зобов'язань, а порушення державою своїх міжнародно-правових зобов'язань, закріплених у дво- чи багатосторонніх міжнародних угодах про захист інвестицій. З огляду на це, розглядаючи проблему атрибуції державі дій державних підприємств чи організацій в інвестиційному арбітражі, не стоїть питання, чи буде вона безпосередньо відповідальна за порушення контрактних зобов'язань останніми, а лише, чи будуть такі їх порушення кваліфікуватися як порушення міжнародних зобов'язань самої держави, таких, наприклад, як справедливе та недискримінаційне ставлення, заборона експропріації тощо.

Правила атрибуції переважно закріплені в міжнародному звичаєвому праві, зокрема у Статтях КМП. Згідно із зазначеними нормами держава безумовно несе відповідальність лише за дії своїх органів (у цьому випадку атрибуції як такої насправді й не відбувається, оскільки орган держави, власне кажучи, є нічим іншим як її частиною). Стосовно ж інших державних утворень, які не є державними органами, то за загальним правилом, держава безпосередньо не несе відповідальності за їхні дії [27]. Водночас існує ряд критеріїв для визначення випадків, коли від загального правила можна і навіть необхідно відступити.

Перш за все, це функціональний критерій (ст. 5 Статей КМП). Він полягає у тому, що державі мо-

жуть бути атрибутовані тільки ті дії державного утворення, в яких останнє виконувало публічну функцію, тобто певною мірою здійснювало владні повноваження [28]. Суто комерційна діяльність державного утворення не може бути атрибутована державі для цілей встановлення її міжнародно-правової відповідальності [29]. Крім того, додатково також використовується критерій контролю, згідно з яким необхідно визначити, наскільки державне утворення в конкретній ситуації, що є предметом арбітражного розгляду, діяло за вказівками чи під контролем держави (ст. 8 Статей КМП). При цьому міжнародна арбітражна практика свідчить, що всі перелічені критерії слід застосовувати в комплексі [30].

Окремі міжнародні договори передбачають специфічні правила атрибуції державі дій державних утворень. Зокрема, згідно зі ст. 22 Договору до енергетичної хартії (далі – ДЕХ), учасником якого є Україна, на державу покладається обов'язок слідкувати за тим, щоб суб'єкти, створені або підтримувані нею, та яких вона наділила нормативними, адміністративними та іншими владними повноваженнями, а також державні підприємства провадили свою діяльність відповідно до зобов'язань цієї Держави за Частиною III ДЕХ («Заохочення і захист капіталовкладень»).

Широкі тлумачення цього положення відкриває шлях до майже повної атрибуції державі дій державних підприємств і установ. Однак ефективному застосуванню цієї норми заважає той факт, що в самому ДЕХ вона знаходиться в Частині IV, в той час як згідно зі ст. 26 ДЕХ юрисдикція арбітражних трибуналів, повноважних розглядати спори між інвесторами та державами, поширюється лише на заявлені порушення положень Частини III Договору. Незважаючи на те, що науковцями висловлювалися ідеї застосування цієї норми разом із зобов'язаннями, викладеними в Частині III, як нерозривно з ними пов'язаної [31], існуюча арбітражна практика свідчить про неприйняття арбітражними такого аргументу та, навпаки, схильність до більш консервативної позиції, згідно з якою дії державних підприємств та інших суб'єктів можуть бути атрибутовані державі лише тоді та тільки тією мірою, якою вони здійснювали публічні функції, тобто, фактично, були представниками суверенної влади [32]. Це, зокрема, підтверджується і тим фактом, що серед опублікованих на сьогодні арбітражних рішень за ДЕХ спроба застосувати ст. 22 була зроблена лише одного разу – в справі «*Nycomb проти Латвії*» [33], в якій арбітражний суд уникнув тлумачення та застосування ст. 22, застосувавши натомість загальні правила атрибуції, встановлені в міжнародному звичаєвому праві.

З огляду на викладене вище можна дійти висновку, що міжнародне публічне право передбачає доволі обмежене коло можливостей для атрибуції державі дій державних утворень. При цьому в аспекті суто комерційної діяльності відповідних державних утворень така атрибуція практично виключається. Однак, необхідно пам'ятати, що при наповненні цих, на перший погляд, зрозумілих винятків із загального правила, фактичними обставинами конкретної справи, може виникнути багато нюансів, які можуть суттєво вплинути на вирішення питання щодо такої атрибуції.

*(Читайте в наступному номері заключну частину цієї публікації, присвячену огляду міжнародної судової та арбітражної практики за участю українських підприємств, в яких у тій чи іншій мірі піднімалося питання про притягнення держави України до участі у відповідному арбітражному провадженні або до відповідальності за арбітражним рішенням, винесеним проти державного утворення (TMR Energy Limited проти ФДМУ, АНТК ім. Антонова та держави Україна; Monegasque de Reassurances S.A.M. проти НАК «Нафтогаз України» та держави Україна; Limited Liability Company Amta проти України).*

#### **Література:**

1. Див., напр.: В. Д. Федчук, De facto зависимость de jure независимых юридических лиц: проникновение за корпоративный занавес в праве ведущих зарубежных стран. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 367 с.
2. Karl-Heinz Bockstiegel, Enterprise v. State: the New David and Goliath? – the Clayton Utz Lecture, Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration. – Vol. 23(1). – 2007. – P. 101.
3. Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (принята резолюцией 59/38 Генеральной Асамблеї від 2 грудня 2004 року). – Ст. 2(b).
4. Звіт Комісії з міжнародного права, сесія п'ятдесят третя, U.N. Doc. A/56/10 (2001). – С. 33.
5. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts adopted by the UN General Assembly Resolution No. 56/83 of 12 December 2001.
6. Для довідки: Центральне спеціалізоване будівельне управління – державна госпрозрахункова установа, заснована на державній власності, підзвітна і підконтрольна Міністерству оборони України, створена згідно з Наказом Міністерства оборони України від 12 квітня 2002 р. № 129 «Про заходи пов'язані з оптимізацією структури квартирно-будівельного комплексу Збройних Сил України».
7. Eduardo Silva Romero, Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICC Case Law, in: State Entities in International Arbitration, Juris Publishing (2008).
8. Bernard Hanotiau, Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions, Kluwer Law International (2005). – P. 10–14, 43–47; Thomson-CSF, S.A. v. Am. Arb'n Ass'n, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir. 1995).
9. Bernard Hanotiau, див. посилання 8 вище. – Ст. 62–69.
10. Там само, ст. 63.
11. Karl-Heinz Bockstiegel, див. посилання 2 вище. – Ст. 100.
12. Там само. – Ст. 101.
13. Westland Helicopters Ltd v. Les Emirats Arabes Unis, le Royaume d'Arabie Saudite, l'Etat de Qatar and the Arab Organisation for Industrialisation, ASA Bull., 19 April 1994; та рішення Швейцарського Федерального суду, яким це арбітражне рішення було скасовано: Swiss Federal Court Decisions in (1989) 28 ILM 688; Joint Venture Yashlar and Bidas SAPIC v. Government of Turkmenistan (or Turkmenistan or the State of Turkmenistan and/or the Ministry of Oil and Gas of Turkmenistan), ICC Arbitration 9151 Interim Award dated 8 June 1999.
14. Joint Venture Yashlar and Bidas SAPIC v. Government of Turkmenistan (or Turkmenistan or the State of Turkmenistan and/or the Ministry of Oil and Gas of Turkmenistan), ICC Arbitration 9151 Interim Award dated 8 June 1999.
15. Там само, пункти 564–565, 569: «[E]ven if it were to be found positively that Turkmengeologia and the Ministry were arms or organs of the state, it would not follow from the adoption of those metaphors (for that is what they are) that the Government of Turkmenistan was the party to the contract. ... The Government of Turkmenistan obviously chose not to become a party to the JV Agreement but rather to authorise an agreement to be entered into by a body which was a legal entity in its own right having its own separate funds. ... Whatever was said at the bidding round about the role of the Government, the Government did not become a signatory to the agreement and obviously must have made a deliberate decision not to do so. Nor is this surprising. The activities of the Turkmenian Party in the Joint Venture are commercial rather than sovereign activities. It need hardly be added that the Government's acts of authorisation and approval and its acts of control, however far reaching, do not of themselves make it a party to the JV Agreement».
16. Bidas SAPIC, Bidas Energy International Ltd and Intercontinental Oil and Gas Ventures Ltd v. Government of Turkmenistan and Concern Balkanbebitgazsenagat, ICC Arbitration 9058, the First Partial Award dated 25 June 1999.
17. Там само: «The provision in a contract negotiated with the government of obligations that only the government can fulfill coupled with a course of conduct that reinforces that fact.. leads inexorably to the conclusion that the intention of the parties who negotiated the relationship was for the government to be bound to those provisions of the contract that only it could fulfill».
18. ICC Case No. 9954, Final Award, December 21, 2001, reported in: Dr. Marc Blessing, State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions? Journal of International Arbitration // Kluwer Law International. – 2005. – Vol. 22. – Issue 6.
19. ICC Case No. 12913, Award dd. April 25, 2005.
20. Dr. Marc Blessing, State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions? Journal of International Arbitration // Kluwer Law International. – 2005. – Vol. 22. – Issue 6. – P. 481.

21. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» «Пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України». У Законі України «Про угоди про розподіл продукції» було зроблено спробу встановити загальну відмову держави Україна від імунітету у відносинах з іноземним інвестором у рамках угод про розподіл продукції: згідно зі ст. 32 зазначеного Закону «в угодах про розподіл продукції, що укладаються за участю іноземного інвестора, передбачається відмова держави від судового імунітету, імунітету щодо попереднього забезпечення позову та виконання судового рішення.» Проте рішенням Конституційного Суду України від 6 грудня 2001 р. № 17рп/2001 це положення було визнане неконституційним як таке, що позбавляє держави можливості вільно обирати істотні умови угоди.

22. George K. Foster, Collecting from sovereigns: the current legal framework for enforcing arbitral awards and court judgments against states and their instrumentalities, and some proposals for its reform, 25 Ariz. J. Int'l & Comp. Law 665, pp. 686-687, note 99; Cass. 1e civ., Nov. 14, 2007, Bull. civ. I; Cass. 1e civ., Feb. 6, 2007, Bull. civ. I.

23. First Nat'l City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba, 462 U.S. 611, 626, 629 (1983).

24. First Nat'l City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba, див посилання 23 вище: «fraud or injustice».

25. George K. Foster, див посилання 22 вище. – С. 682.

26. Там само. – С. 685; Kensington Int'l Ltd. v. Republic of Congo, [2005] EWHC (Comm) 2684.

27. Kaj Hober. State Responsibility and Investment Arbitration // Journal of International Arbitration. – Vol. 25. – No. 5 (2008). – P. 545–568.

28. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer Principles of International Investment Law, New York: Oxford University Press, 2008. – P. 199; Noble Ventures v Romania, Award, 12 October 2005, пп. 69–72.

29. ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, 16 ICSID Rev. 212 (2001); Award November 13, 2000, 16 ICSID Rev. 248 (2001); Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer Principles of International Investment Law. – New York: Oxford University Press, 2008. – P. 199.

30. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer: див посилання 28 вище. – Ст. 202.

31. Thomas W. Walde, Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues / Transnational Dispute Management, Volume I Issue #02 – May 2004 // <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>

32. Там само.

33. Nycomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, SCC case No. 118/2001, Award of 16 December 2003. ¶

## Семінар

### ЄВРОПЕЙСЬКА ОСВІТА В УКРАЇНІ

Відносини між Україною та Європейським Союзом мають динамічний характер. З плином часу партнери стали безпосередніми сусідами й отримали додатковий імпульс для розширення й поглиблення співпраці.

Європейська політика сусідства була розроблена у зв'язку з розширенням ЄС на Схід у 2004 році. Її мета полягає в тому, щоб унеможливити виникнення нових роздільних ліній між ЄС і його сусідами, а замість цього посилити стабільність, добробут і безпеку.

Європейська політика сусідства охоплює широкий спектр співробітництва в таких галузях як економіка, політика та культура. Неможливо обійти освітній напрямок співпраці, адже освітяни не лише повинні давати знання, а й виховувати особу як нового члена європейського суспільства.

З огляду на це Інститут Політичної Освіти, за участі Об'єднання українців у Польщі та програми «Польська допомога» МЗС Республіки Польща, проводить навчання «Українська майстерня європейської інтеграції для вчителів». Перший етап семінару відбувся 24–26 квітня у Львові, де молоді вчителі зі всієї України ознайомилися з системою польської освіти та змінами які відбулися

в процесі вступу Польщі до ЄС. Своїм досвідом з учасниками поділилися експерти Інституту Політичної освіти та польські доповідачі. **Олег Процак**, експерт Інституту Політичних технологій, розповів вчителям про історію, структуру та основні напрямки діяльності Європейського союзу. **Войцех Черонко**, експерт з питань оцінки проєктів, навів приклади ключових інвестицій, здійснених завдяки фінансуванню ЄС. Практичну частину семінару, у вигляді тренінгу «Активні методи навчання» провів експерт інституту PSPiA KLANZA **Веслав Бода**.

Наступні заняття відбудуться в Чернігові та АР Крим, а заключний етап буде проходити в Польщі, де молоді педагоги зможуть більш детально ознайомитися, на конкретних прикладах, з функціонуванням польської системи освіти.

Даний захід має важливе значення для розвитку взаємозв'язків між сусідніми державами та країнами членами ЄС. Отриманий досвід учасники семінару зможуть застосувати на практиці не тільки як освітяни, а і як громадяни європейської держави.

*Ліна Повітчан*