

УДК 341.63

**САНКЦІЇ ДО СТОРІН
АРБІТРАЖНОГО РОЗГЛЯДУ ДЛЯ
ЗАПОБІГАННЯ ВИВЕДЕННЮ
КАПІТАЛІВ ЗА МЕЖІ УКРАЇНИ:
НОВІ ВИКЛИКИ ПУБЛІЧНИМ
ІНТЕРЕСАМ В УМОВАХ
ВОЄННОГО СТАНУ**

Олександр ГАЙДУЛІН

доктор юридичних наук, професор,
головний науковий співробітник

Науково-дослідний інститут приватного
права і підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0000-0002-1269-7007>

Олена ПЕРЕПЕЛИНСЬКА

аспірантка

Науково-дослідний інститут приватного
права і підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Київ)

<https://orcid.org/0009-0001-3188-4430>

У статті розглядаються актуальні проблеми приватного права та арбітражу в умовах агресії російської федерації та зумовлених нею заходів, що вживає Україна у своїй юрисдикції та на міжнародній арені разом із міжнародними партнерами. З огляду на вимоги часу автори наголошують на необхідності принципово переглянути питання співвідношення публічних і приватних інтересів як у теоретичному, так і в правозастосовному плані, у національному та в міжнародно-правовому контекстах. Найбільш яскравим прикладом цих дій є впровадження Україною законодавства, яке дозволяє застосовувати санкції до суб'єктів, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, в тому числі у формі запобігання

UDC 341.63

**SANCTIONS TO PARTIES TO
ARBITRATION PROCEEDINGS TO
PREVENT THE WITHDRAWAL OF
CAPITAL FROM UKRAINE: NEW
CHALLENGES TO PUBLIC
INTERESTS IN THE CONDITIONS
OF MARTIAL LAW**

Gaydulin, Olexander

Doctor of Law, Professor,
Main Researcher

Academician F.H. Burchak Scientific Research
Institute of Private Law and Entrepreneurship
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

Perepelynska, Olena

Postgraduate Student

Academician F.H. Burchak Scientific Research
Institute of Private Law and Entrepreneurship
of the NALS of Ukraine (Kyiv)

In the article the authors discuss current issues of private law and arbitration in the context of ongoing aggression by the Russian Federation and the measures taken by Ukraine in its jurisdiction and on the international arena together with its international allies. Given the requirements of the time, the authors emphasize the necessity to fundamentally reconsider the relationship between public and private interests both theoretically and in terms of legal application, in the national and international legal context. The most prominent example is the implementation by Ukraine of legislation, which allows for the application of sanctions to entities that pose real and/or potential threats to national interests, national security, sovereignty, and territorial integrity of Ukraine, including in preventing the withdrawal of capital from Ukraine. Such sanctions are in essence

виведенню капіталів за межі України. Такі санкції є по суті адміністративними публічно-правовими заходами, які, тим не менш, активно впливають на приватно-правові відносини підсанкційної особи з її контрагентами, на судові та арбітражні провадження за участю такої особи, в тому числі щодо виконання арбітражних рішень, винесених на користь такої підсанкційної особи на території України. Автори аргументують, що існуючий в Україні санкційний режим потребує значного доопрацювання та вдосконалення саме в контексті його впливу на приватно-правову сферу. Важливим щодо притягнення росії до відповідальності та компенсації спричиненої нею шкоди є також позбавлення її власності юрисдикційного імунітету. Україна вже має відповідну сталу судову практику, адже Верховний Суд у кількох справах підтвердив, що судовий імунітет російської федерації не підлягає застосуванню з огляду на положення міжнародного права. Наша держава також активно співпрацює з міжнародною спільнотою в аспекті конфіскації заморожених активів російської федерації та російських олігархів, що, своєю чергою, актуалізує питання юрисдикційних імунітетів. Для конфіскації таких активів необхідні зміни в національному законодавстві тих країн, де таке майно знаходиться, як, наприклад, це зробила Канада щодо майна підсанкційних осіб.

Ключові слова: міжнародне приватне право, арбітраж, виведення капіталів, санкції, юрисдикційний імунітет

Актуальність теми дослідження продиктована тими викликами публічному правопорядку, які зумовлені повномасштабною збройною агресією проти суверенної України, розв'язаною кремлівським режимом [1]. Ця війна ведеться не лише військовими засобами. В аналітико-прогностичному документі НАТО «Multiple futures project – Navigating towards 2030» («Проект визначення множини варіантів майбутнього – навігація у 2030 рік») особливо підкреслюється, що «гібридний супротивник» не дотримуватиметься міжнародного права війни: цивільні особи будуть використовуватися як постійно діючий «живий щит» для сторін воєнного конфлікту [2]. Одним із способів реалізації економічної складової гібридної війни є судовий імунітет у вирішенні спорів майнового характеру, який формально визнається і щодо держави-агресора. Отже, противник, образно кажучи, прикривається міжнародним правом, основоположні приписи якого він сам же грубо порушує, подібно до того як використовує «живий щит» із цивільних осіб безпосередньо на полі бою.

administrative public law measures that actively impact private legal relations of the sanctioned entity with its counterparties, judicial and arbitration proceedings involving such entity, including the enforcement of arbitration awards rendered in favor of such sanctioned entity in the territory of Ukraine. The authors argue that the existing sanctions regime in Ukraine requires significant revision and improvement specifically in the context of its effect on the private law sphere. An important aspect for holding Russia accountable and compensating for the damage caused by it is also the issue of depriving Russia and its property of jurisdictional immunity. Ukraine has already established a consistent judicial practice on this issue since the Supreme Court has confirmed in several cases that the judicial immunity of the Russian Federation is not applicable in light of international law provisions. Our state also actively cooperates with the international community on issues related to the confiscation of frozen assets of the Russian Federation and Russian oligarchs, which in turn implicates issues of jurisdictional immunities. Changes to the national legislation of countries where such property is located are necessary for the confiscation of such assets, similar to what Canada has done regarding the property of sanctioned individuals.

Keywords: private international law, arbitration, withdrawal of capital, sanctions, jurisdictional immunity

Все це наочно підтверджує той висновок, що в гібридній війні, яку розпочало московське політичне керівництво ще в 2014 році, «кримінально-терористична» компонента вже явно домінує над суто «міжнародно-конвенційною» і «противник водночас застосовує складну комбінацію звичайних, іррегулярних, терористичних та кримінальних методів діяльності в оперативному просторі» [3].

Все це змушує нас, ураховуючи сучасні реалії, принципово переглянути питання співвідношення публічних і приватних інтересів як у теоретичному, так і в правозастосовному плані. Це надзвичайно важливо в контексті звільнення нашої правосвідомості від деструктивних впливів тоталітарної ідеології посткомунізму та російського шовінізму, коли конче потрібно рішуче позбавитися позитивістських догматів у теорії систематизації права [4].

Для юристів будь-якої спеціалізації, як публічно-правової, так і приватноправової, це питання набуває цілком конкретних вимірів: За яким саме правопорядком гідний жити народ-переможець? Як має бути відновлена міра публічного та приватного, що зміщена під час війни в бік загальнодержавних, національних пріоритетів [5]?

Україною вже зроблені відповідні кроки в кількох напрямках: (1) запроваджено застосування санкцій до суб'єктів, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, сприяють терористичній діяльності та/або порушують права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства та держави, призводять до окупації території, експропріації чи обмеження права власності, завдання майнових втрат, створення перешкод для сталого економічного розвитку, повноцінного здійснення громадянами України належних їм прав і свобод (п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про санкції») [6]; (2) підтверджено юрисдикцію українських судів для розгляду позовів до російської федерації щодо шкоди, завданої її агресією на території України, обґрунтувавши, що судовий імунітет російської федерації не застосовується з огляду на положення міжнародного права [7]; (3) організована і продовжується активна співпраця з міжнародною спільнотою в питаннях конфіскації заморожених активів російської федерації та російських олігархів, а також незастосування до росії та її власності юрисдикційних імунітетів. Водночас, кожен з цих напрямків породжує багато юридичних питань, деякі з яких розглянуті у цій статті.

У першому з цих напрямків вітчизняна доктрина і відповідно чинне законодавство України передбачають різні види санкцій, серед яких близькими для предмета нашого дослідження є: (1) обмеження торговельних операцій, (2) запобігання виведенню капіталів за межі України, (3) зупинення виконання економічних та фінансових зобов'язань (п. 2, 4, 5 статті 4. Закону України «Про санкції») [6].

Серед основних підстав для застосування санкцій законодавець виділяє насамперед: «дії іноземної держави, іноземної юридичної чи фізичної особи, інших суб'єктів, які створюють реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, сприяють терористичній діяльності та/або порушують права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства та держави, призводять до окупації території, експропріації чи обмеження права власності, завдання майнових втрат, створення перешкод для сталого економічного розвитку, повноцінного здійснення громадянами України належних їм прав і свобод» (п. 1 статті 3 Закону України «Про санкції»).

Практика накладання санкцій, застосованих до сторін арбітражного спору, хоча і не є широкою, але може бути визнана достатньо репрезентативною як на етапі арбітражного розгляду, так і на етапі судових процедур оспорювання арбітражного рішення чи надання дозволу на його виконання. Українські суди вже стикалися з цим питанням у кількох справах про надання дозволу на виконання арбітражних рішень МКАС при ТПП РФ, винесених на користь російських юридичних осіб, до яких було застосовано українські санкції, що передбачали стягнення з українських боржників.

У зв'язку з цим виокремилося два зовсім різні підходи.

Перший підхід ґрунтується на тому, що санкційний режим України є частиною публічного

порядку України, тому виконання арбітражного рішення, яке передбачає виведення капіталів за межі України, буде порушувати цей порядок.

Другий підхід базується на тому, що дотримання санкцій повинно контролюватися на рівні виконавчого провадження, а не під час розв'язання питання про надання дозволу на виконання арбітражного рішення [8].

Стосовно обґрунтованості першого підходу необхідно з'ясувати чи припиняють зобов'язання, щодо якого виник спір, санкції, застосовані до сторони арбітражного провадження?

Досить очевидно, що санкція, спрямована на запобігання виведенню капіталів за межі України, зовсім не означає, що на час її дії зупиняється, наприклад, зобов'язання сплатити ціну за поставлений товар. Було б грубою помилкою вважати накладання подібних санкцій різновидом форс-мажору. У даному випадку це зобов'язання продовжує існувати, а порушене право підлягає захисту.

Аналогічну ситуацію ми, наприклад, зараз маємо щодо обмеження розрахунків в іноземній валюті в Україні на період воєнного стану. Ці обмеження, які фактично унеможливають оплату українськими суб'єктами за отримані товари та послуги, не звільняють їх від зобов'язання здійснити таку оплату, а саме зобов'язання продовжує існувати. У випадку звернення з позовом іноземного продавця товарів/надавача послуг такий позов підлягає задоволенню.

Отже, сама заборона на обмеження розрахунків в іноземній валюті фактично працює вже в межах виконавчого провадження – на рівні банків, які й виступають тими суб'єктами, які купують валюту та перераховують її за кордон на підставі відповідних інструкцій клієнтів чи приписів виконавця. Аналогічна ситуація і з «виведенням капіталу». Тому контролювати дотримання цієї санкції мають саме банки та виконавець у межах виконавчого провадження.

Отже, ця аргументація підтверджує правомірність другого підходу, відповідно до якого дотримання санкцій є складовою виключно виконавчого провадження. Так, якщо позов про стягнення боргу може бути задоволений, попри застосування до сторони договору вказаної санкції (заборона на виведення капіталу), то аналогічний підхід має бути застосований і до питання оспорювання/надання дозволу на виконання арбітражного рішення. Адже суд, що розглядає ці питання, жодним чином не порушує згаданої санкції.

Важливим аргументом на користь того, що питання контролю за дотриманням санкцій має здійснюватися в межах виконавчого провадження, є те, що ці санкції мають тимчасовий характер. Однак процедура надання дозволу на виконання арбітражного рішення не передбачає можливості перегляду остаточного рішення суду. Тобто, якщо суд відмовляє в наданні дозволу з міркувань порушення санкційного режиму, який є частиною публічного порядку України, він унеможливує виконання цього рішення на території України в принципі – навіть якщо санкція буде згодом скасована, змінена чи просто спливе строк її застосування [8].

При цьому необхідно підкреслити, що Українська Арбітражна Асоціацією (УАА) отримала сканкопії всіх двосторонніх інвестиційних угод України всіма офіційними мовами і опублікували їх на своєму сайті. В УАА також є бібліотека з посиланнями на статті та роботи членів УАА. Зібрана інформація про цікаві українські судові рішення, у тому числі й ті, якими передбачені відповідні санкції для запобігання виведенню капіталів за межі України [9]. Частина цієї інформації передана до міжнародної бази даних Jus Mundi, яка дозволяє здійснювати розширений пошук інформації за різними критеріями за допомогою інструментів штучного інтелекту [10].

Щодо іншого напрямку – позовів до російської федерації щодо шкоди, завданої державою-агресором на території України – Українська Арбітражна Асоціація під час війни бере активну участь у підготовці та обговоренні законопроектів щодо внесення змін до процесуальних кодексів та інших законів, які в цілому мали змінити регулювання, що застосовується до справ проти рф (№ 7520, № 7520-1, № 7520-2). Зокрема, ці законопроекти регулюють питання (1) юрисдикційного імунітету росії, (2) порядку її повідомлення як відповідача у справі та

вручення їй судових документів, (3) щодо кола можливих суб'єктів цивільно-правової відповідальності, (4) щодо цивільно-правової відповідальності «пов'язаних з російською федерацією осіб», (5) підсудності та розмежування юрисдикції загальних і господарських судів.

Багато з цих питань мають міжнародно-правову складову й потенційно можуть мати наслідки для судових процесів у інших юрисдикціях, зокрема щодо виконання судових рішень, або ж, на жаль, потенційно можуть стати підставою для позовів проти України в порядку міжнародного інвестиційного арбітражу. Члени УАА мають великий досвід у цих питаннях, адже вони також регулярно порушують їх в арбітражному контексті та судових справах щодо виконання арбітражних рішень. Тому УАА створила робочу групу з українських та іноземних фахівців, яка проаналізувала запропоновані в законопроектах зміни та можливі наслідки їх прийняття. За результатами аналізу та обговорення 08.09.2022 УАА подала свої коментарі до законопроектів № 7520, № 7520-1, № 7520-2 до Верховної Ради України.

Щодо конфіскації заморожених активів та юрисдикційних імунітетів Україна фактично обстоює зміну міжнародних підходів у цих питаннях.

Адже для формування дієвого механізму притягнення до майнової відповідальності суб'єктів, які створюють реальні та потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці, суверенітету і територіальній цілісності України, сприяють терористичній діяльності та порушують права і свободи людини і громадянина, необхідно змінити підходи в питаннях юрисдикційного імунітету. Саме це дасть змогу дістатися майна росії, яке можна буде використовувати для компенсації збитків за рішеннями національних судів, міжнародних арбітражів, ЄСПЛ та спеціальної комісії, над створенням якої наразі працює Мін'юст.

Для конфіскації майна російських олігархів необхідні зміни в національному законодавстві країн, де таке майно знаходиться, як це зробила Канада. У цій країні не тільки запроваджено відповідні зміни до свого законодавства, але й розпочато реальну конфіскацію такого майна.

Надзвичайно важливо, що ці країни робитимуть з конфіскованим майном далі. Технічно можливе укладання міжурядової угоди і передавання грошей українському уряду. Ще один варіант – передати кошти до міжнародного фонду, з якого будуть виплачуватися компенсації за рішеннями спеціальної комісії / ЄСПЛ тощо. Але необхідно розуміти, що ці гроші можуть бути використані й без передання їх за межі відповідної держави, наприклад, на потреби українських біженців та тимчасово переміщених осіб або на фінансування закупівлі/виробництва озброєння для потреб ЗСУ. Тож окремо слід працювати з іноземними партнерами щодо того як визначати пріоритети у використанні цих коштів [9].

Підсумовуючи викладене, необхідно зазначити, що потрібна докорінна модернізація механізму репарацій за всі види шкоди. При цьому мають бути запроваджені два підходи до реалізації прав на відшкодування. Вони можуть бути як централізованими (коли сама держава вимагає компенсацію за всю шкоду, завдану на її території злочинними діями Росії та її поплічників), так і децентралізованими (коли кожен чи деякі з постраждалих самостійно намагаються стягнути компенсацію за завдану їм шкоду) [11].

Посилання:

1. Shulzhenko, Fedir, Gaydulin, Oleksandr (2022). Legal and political aspects of war in Ukraine: philosophical reflection on the scene of battles. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 2, 149–154, doi <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2022.2.23>.

2. Multiple futures project – Navigating towards 2030. URL: http://www.iris-france.org/docs/pdf/up_docs_bdd/20090511-112315.pdf.

3. Definition adopted in support of US Joint Forces Command hybrid war conference, Washington DC, 24 Feb. 2009, cited in Russell W. Glenn, 'Thoughts on "hybrid" conflict', *Small Wars Journal*, 2 March 2009. URL: <http://smallwarsjournal.com/mag/docs-temp/188-glenn.pdf>.

4. Krupchan, O., Gaydulin, O. (2022) Radical Reconstruction of the Theoretical and Methodological Foundations of Private Law in Ukraine: Liberation from the Influences of Post-Communism and Russian Chauvinism Totalitarian Ideologies. *Entrepreneurship, Economy and Law*, N 2. P. 124–129.

5. Гайдун О. О. Війна та право: публічний та приватний виміри та пріоритети (філософсько-правовий аналіз). Соціальне спрямування економічної діяльності в умовах викликів воєнного стану та повоєнного відновлення в Україні: правові та організаційні проблеми : матеріали наук.-практ. круглого столу (м. Київ, 30 листопада 2023 р.) ; НДІ приватного права ім. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, ХУУП імені Леоніда Юзькова. Київ : НДІ приватного права ім. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2023. С. 8–14.

6. Закон України «Про санкції» від 14 серпня 2014 року № 1644-VII / Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 40, ст.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text>.

7. Постанова Верховного Суду від 14 квітня 2022 року у справі № 308/9708/19 (провадження № 61-18782св21), Постанова Верховного Суду від 18 травня 2022 року у справі № 760/17232/20-ц (провадження № 61-15925св21). URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1282788/>.

8. Перепелинська О. Санкції до сторони арбітражного розгляду і публічний порядок України: пошук балансу. Юридична газета 24.03.2023. URL: <https://jur-gazeta.com/dumka-eksperta/sankciyi-do-storon-arbitrazhnogo-rozglyadu-i-publichniy-poryadok-ukrayini-poshuk-balansu.html>.

9. Перепелинська О. С. Треба змінювати систему на міжнародному та національному рівнях для того, щоб змусити росію заплатити: інтерв'ю для Юридичної газети 17.01.2023. URL: <https://www.integrites.com/uploads/publications-olena-perepelynska.pdf>.

10. Jus Mundi Search for International Law and Arbitration. URL: <https://jusmundi.com/en>.

11. Перепелинська О., Уваров С. Відплата для РФ: що мають зробити Україна та союзники, щоб запустити механізм репарацій. Європейська правда. Вівторок, 31 травня 2022. URL: <https://www.integrites.com/uploads/publications-olena-perepelynska.pdf>.

Статтю було подано
Статтю було доопрацьовано
Статтю було прийнято

29.02.2024
01.03.2024
05.03.2024

The article was submitted
The article was revised
The article was accepted