

МІЖНАРОДНЕ ЕКОНОМІЧНЕ ПРАВО

УДК 341.6:339.727.22
DOI <https://doi.org/10.32841/ILA.2019.21.04>

ЛЮБАШЕНКО В. І.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства
Міжнародного гуманітарного університету

ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ ФАКТІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВІЙСЬКОВИМИ ДІЯМИ

Анотація. На основі нормативних джерел і практики міжнародного арбітражу досліджується питання особливостей доказування фактів, які пов'язані з військовими діями. Увагу зосереджено на питаннях тягаря доказування і презумпції законності дій держави, різних стандартів доказування, що можуть застосовуватися в інвестиційному арбітражі, та допустимості «незаконних» доказів.

Ключові слова: військові дії, тягар доказування, стандарт доказування, допустимість доказів, міжнародний арбітраж.

Постановка проблеми. Застосування міжнародного інвестиційного арбітражу для вирішення суперечок між іноземним інвестором і державою зростає, напрацьована досить об'ємна арбітражна практика інвестиційних трибуналів, що дозволяє іноземному інвесторові всебічно оцінювати переваги арбітражного процесу та прогнозувати майбутнє рішення у справі. Тому й не дивно, що інвестори звертаються по захист своїх прав до інвестиційного арбітражу навіть тоді, коли справа стосується військових дій держави. Справи такого характеру є досить рідкісними, але нещодавня окупація Криму та, власне, дії органів Російської Федерації (далі – РФ) щодо конфіскації приватної власності на території Автономної Республіки Крим призвели до появи нових позовів у міжнародний інвестиційний арбітраж із боку українських фізичних та юридичних осіб проти РФ.

З теоретичного та практичного боку питання доказування в міжнародному арбітражі є наріжними. Справи, у яких факти розвиваються на тлі військових дій, є більш складними: держава використовує збройні сили для боротьби проти внутрішнього або зовнішнього ворогу, що є прямим проявом суверенітету згідно з міжнародним правом. Отже, під час розгляду справи арбітраж повинен дотримуватися процесуального «балансу»: водночас об'єктивно відтворити перебіг подій на основі доказів і не порушити суверенні права держави необґрунтованою оцінкою законності тих чи інших діянь.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання доказування в міжнародному арбітражі досліджувалися вченими, зокрема варто згадати ґрунтовні роботи Фредеріка Г. Сургенса (Frédéric Gilles Sourgens), Кабіра Дуггала (Kabir Duggal) і Яна А. Лайрда (Ian A. Laird) [1], Натана Д. О'Меллі (Nathan D. O'Melley) [2]. Проте згадані автори лише частково розглядають питання доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, що разом із практичним боком питання обґрунтовує теоретичний аналіз цієї теми як украй актуальний.

Метою статті є виокремлення на основі доктринальних розробок і судових справ особливостей доказування в арбітражному процесі фактів, пов'язаних із військовими діями.

Загальні правила доказування в міжнародному арбітражі. Правила доказування в міжнародному арбітражі (комерційному чи інвестиційному) можуть установлюватися: (1) арбітражною угодою між сторонами; (2) арбітражним регламентом відповідного арбітражного інституту; (3) відповідними правилами *lex arbitri* (або ж правилами міжнародного договору). Зазвичай сторони не прописують правил доказування в арбітражній угоді, а застосування *lex arbitri* вельми обмежено в інвестиційному арбітражі. Чіткі правила доказування містяться у Правилах МАЮ щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі 2010 р., але вони зазвичай застосовуються коли включені до арбітражної угоди.

Проте й арбітражні регламенти містять лише загальні правила доказування, які надають широкі повноваження трибуналу. Наприклад, правило 34 Арбітражних правил МЦУІС 2006 р. говорить, що «трибунал є суддею щодо прийнятності будь-яких поданих доказів та їхньої доказової сили», не вказуючи, якими подальшими правилами повинен керуватися трибунал. Взагалі, норми арбітражних регламентів упорядковують формальний бік процесу доказування, але не вирішують питання про допустимість і оцінку доказів, які мають найбільше значення у процесі.

Незважаючи на такий стан речей, арбітражний процес має свої «звичаєві» норми щодо доказування, які можуть міститися в різних джерелах. Наприклад, арбітражний трибунал у справі "AAPL v. Sri Lanka", розглядаючи питання про те, якими правилами доказування він повинен керуватися, сформулював їх сам, використовуючи доктринальні роботи та судові рішення [3]. Причому практика вказування в рішенні трибуналом правил доказування, якими він керується, поширена.

Загалом, правила доказування в арбітражному процесі повинні відповідати принципам належного процесу (*due process*) і рівного ставновища сторін. Також велике значення має ustalена практика арбітражів. Наприклад, щодо стандарту доказування арбітражна практика виробила два стандартних тести: (1) тест балансу можливостей [4] (найчастіше застосовується в інвестиційному арбітражі) і (2) тест внутрішнього переконання [2, с. 209–210]¹. Отже, хоч арбітражні регламенти не розписують детально правила доказування, арбітраж повинен дотримуватися загальних принципів арбітражного процесу й ustalених правил. Звичайно ж, арбітраж повинен керуватися також текстом інвестиційної угоди, який може містити важливі вказівки, що стосуються *inter alia* процесу доказування².

В аспекті доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, основними питаннями є тягар і стандарт доказування, допустимість доказів.

Тягар доказування і презумпція законності дій держави. У міжнародному інвестиційному арбітражі застосовується принцип *onus probandi actori incumbit* – сторона, яка посилається на факт, повинна його доводити. Це правило втілено у ст. 27.1 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ та ст. 9.1 Правил МАЮ щодо отримання доказів у міжнародному арбітражі 2010 р. Також практика визнає, що арбітраж має широкі права щодо переносу тягара доказування з однієї сторони на іншу.

Позивач зазвичай повинен довести (1) наявність певного перебігу подій, що порушує стандарт захисту, (2) наявність матеріального збитку та (3) причинно-наслідковий зв'язок між перебігом подій і збитком. Наприклад, у справі “*Toto v. Lebanon*” трибунал зазначив, що позивач довів перебування сирійських військ на території здійснення проекту (цей факт не оскаржувався Ліваном), але не надав ґрунтовних доказів щодо: (1) наявності перебігу подій, що порушують стандарти захисту інвестиції у відповідній угоді; (2) наявності збитків, пов'язаних із потенційним порушенням інвестиційної угоди; (3) того факту, що наявність військових призвела до неможливості здійснення проекту або збільшення його кошторису [6, с. 195–206]. Цікаво, що в цій справі наявність збройних сил іншої держави на території Лівану (буквально – окупація Сирією) автоматично не вважалася перепорою для здійснення інвестиційного проекту, до того ж тоді, коли іноземний інвестор був обізнаний із цим фактом перед початком проекту [6, с. 206]. Отже, тягар доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, несе іноземний інвестор, причому сам факт наявності військових дій або окупація території не є достатніми для встановлення порушення стандарту захисту.

Деякі з таких ustalених правил є особливостями доказування фактів на тлі військових дій. Особливе значення в цьому аспекті має доктрина «політичної влади» (*policy powers doctrine*), яка стосується суверенних прав держави [7]. Керуючись цією доктриною, у сукупності із принципом, що

¹ Існує думка, що ці два тести відображають єдиний стандарт [1, с. 82–83].

² Стосовно особливих стандартів захисту та застережень в інвестиційних угодах, які використовуються за обставин військових дій, див. [5].

обмеження суверенітету не можуть презюмуватися [8, с. 68], під час розгляду будь-якого питання про обмеження суверенітету держави міжнародним договором або контрактом арбітраж покладає тягар доказування на іноземного інвестора. Наприклад, розглядаючи питання про суспільну мету в контексті експропріації, іноземний інвестор для фіксації порушення повинен довести її відсутність. Це правило безпосередньо стосується фактів щодо військових дій: іноземний інвестор несе тягар доказування якщо діяння, які є підставою для позову (наприклад, відсутність заходів із боку держави щодо захисту іноземної інвестиції відповідно до стандарту повного захисту і безпеки), є виявом боротьби проти зовнішнього або внутрішнього ворога. Загалом, військові дії держави вважаються такими, що цілком відповідають нормам міжнародного права, і держава не повинна (але може, за власним розсудом) обґрунтовувати їхню законність, якщо не існує ґрунтовних сумнівів у цьому.

Навіть коли іноземний інвестор володіє доволі обмеженими засобами для збору доказів факту, на який він посилається, він буде нести тягар доказування. Яскравим прикладом є справа *"AAPL v. Sri Lanka"*, у якій трибунал, досліджуючи питання руйнування об'єкту-інвестиції, поклав тягар доказування відсутності військової необхідності дій на іноземного інвестора (її наявність була необхідною для фіксації порушення воєнного застереження в угоді) [3]. Ця теза піддалася критиці арбітрів [5, с. 16].

Стандарт доказування. Поняття стандарту доказування тісно пов'язано з тягарем доказування: сторона повинна надати арбітражу докази, які сприяють наявності ґрунтовного переконання в істинності факту. Як зазначалося вище, щодо стандарту доказування арбітражна практика виробила два стандартних тести: (1) балансу можливостей; (2) внутрішнього переконання. Важливо, що «вищий» стандарт доказування, який існує за деяких обставин, не застосовується через сам факт того, що однією зі сторін спору є держава [9, с. 124]. Але це зовсім не означає, що стандарт доказування фактів, що стосуються військових дій, буде завжди однаковим.

Арбітраж під час застосування стандарту доказування бере до уваги, передусім, серйозність потенційного порушення. Прикладами порушень, які потребують стандарту доказування вище, ніж звичайно, є шахрайство або підробка. Високий стандарт доказування формулюється як наявність чітких і переконливих доказів. Якщо говорити про доказування фактів, що стосуються військових дій, то стандарт доказування залежить від суті потенційного порушення. Якщо позивач надає докази щодо фактів порушення імперативних норм міжнародного права (наприклад, щодо наявності воєнного злочину у вигляді руйнування майна), вони потребують високого стандарту доказування. Аналогічним чином, якщо докази (не саме потенційне порушення) стосуються фактів порушень норм міжнародного гуманітарного права, вони потребують високого стандарту доказування. У будь-якому разі високий стандарт доказування формулюється як такий, що нижче стандарту «без усяких сумнівів», який використовується у кримінальному процесі [2, с. 210].

Останнім прикладом можливого використання високого стандарту доказування є справа *“Aeroport Belbek v. Russia”*. У цій справі арбітраж визнав, що Росія здійснює ефективний контроль території Криму [10]³. Зважаючи на те, що висновок про наявність ефективного контролю потребував доказування фактів, які можуть бути підставою для кваліфікації ситуації як окупації (тобто порушення імперативних норм міжнародного права), можна говорити про застосування високого стандарту доказування. Проте, зважаючи на широку світову оцінку окупації Росією Криму та наявність резолюцій Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) із цього питання, позивачі не мали серйозних перепон у збиранні доказів.

Отже, стандарт доказування фактів, що стосуються військових дій, залежить від серйозності потенційного порушення й обставин справи, і може бути вищий («наявність чітких і переконливих доказів»), ніж стандартний.

Допустимість доказів. Питання допустимості доказів у справах на тлі військових дій не виникали. Проте цей стан практики обґрунтовується лише малою кількістю справ із цього питання. Практика показує, що за наявності обмежених можливостей щодо збирання доказів інвестор може збирати докази у «незаконний» спосіб; з іншого боку – держава може відмовитися від надання будь-яких доказів через їхній конфіденційний характер. Ці питання є взаємозалежними: інвестор може представити арбітражу доказ, який був отриманий через «незаконні» (з погляду національного законодавства) засоби, але не міг бути отриманий іншим чином через його секретний характер (згідно з національним законодавством)⁴.

Справою, що стала показовою в цьому аспекті, є *“Methanex v. USA”*. Арбітраж у цій справі застосовував правило, згідно з яким докази, отримані «незаконним» шляхом, можуть бути допустимими, якщо вони не порушують права сторін на справедливий розгляд (у цій справі докази порушували принципи добросовісності та процедурної чесності у процесі їхнього отримання) [11, с. 54]. За загальним правилом, усі представлені докази є допустимими, якщо вони (або процес їхнього збирання) не порушують основних принципів арбітражного процесу [12].

Питання допустимості доказів мали місце в декількох нещодавніх справах і стосувалися вони матеріалів *WikiLeaks* [14; 15; 16]. Хоча арбітражні рішення прямо не розглядали питання допустимості доказів, отриманих незаконним шляхом, вони також не вказували на їхню цілковиту недопустимість. Щодо цього питання варто згадати рішення Міжнародного суду ООН у справі Дипломатичного і консульського персоналу Сполуче-

³ Через конфіденційний характер цього процесу важко оцінити висновки арбітражу щодо всіх питань, винесених на розгляд. Рішення арбітражу не є публічно доступним. Деяку інформацію щодо процесу можна знайти в різних прес-релізах щодо цього процесу, наприклад, у наведеному джерелі.

⁴ Необхідно також підкреслити, що питання допустимості доказів не впливає на стандарт доказування: незаконно отриманий доказ не стає підставою для застосування високого стандарту доказування.

них Штатів Америки (далі – США) у Тегерані (США проти Ірану), у якому Суд зазначив, що оскільки Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 р. не надає державі «права» порушувати її норми (Іран заявляв про необхідність прямого доступу до архіву посольства США для отримання доказів без згоди США), то держава не може використовувати такий захід [13, с. 83–89]. Хоча рішення Суду в цій справі не містить прямої згадки про недопустимість таких доказів, за логікою Суду можна дійти висновку, що коли б такі докази були представлені, вони були б оголошені Судом недопустимими, адже процес їх отримання порушує норми міжнародного права, які становлять основу світового порядку. Отже, існує велика ймовірність того, що докази можуть бути оголошені недопустимими, якщо вони отримані в порушення норм міжнародного права.

Можна однозначно стверджувати, що правила допустимості доказів у інвестиційному арбітражі надають інвесторові широкі можливості для їх збирання. Такий стан речей дозволяє інвесторові надавати докази, що підтверджують його позицію, навіть у ситуаціях військових дій, коли законні (з погляду національного законодавства) засоби отримання доказів обмежені.

Висновки. Зазначені вище особливості доказування фактів підтверджують урахування арбітражем усіх особливих характеристик справ, що стосуються військових дій. З одного боку, державі властива презумпція законності дій, що виявляється в покладанні тягаря доказування на іноземного інвестора, відсутності впливу фактів військового характеру на правила доказування, застосуванні високого стандарту доказування в разі потенційного серйозного порушення. Це означає, що доказування фактів, пов'язаних із військовими діями, має особливі правила, які застосовуються лише за виключних обставин (але не тільки за обставин військових дій). З іншого боку, іноземний інвестор володіє широкими можливостями збирання доказової бази, ураховуючи те, що цей процес може не відповідати національному законодавству. Проте для успішної оцінки доказів іноземний інвестор повинен не тільки зібрати докази, але й оцінити їхню сумісність із принципами арбітражного процесу та міжнародного права. У міжнародному інвестиційному арбітражі таким чином, зокрема, втілюється баланс приватних і публічних інтересів, що дозволяє сторонам мати відносно рівні можливості у процесі. Не менш важливо, що такі особливості доказування дозволяють поєднати характеристики публічного та приватного статусу сторін для ефективного врегулювання суперечок між ними.

Література:

1. Sourgens Frédéric Gilles, Duggal Kabir, Laird Ian A. Evidence in International Investment Arbitration. OUP, 2018. 368 p.
2. O'Melley Nathan D. Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide. Routledge, 2012. 424 p.
3. "Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka", ICSID Case № ARB/87/3, Final Award of 27 June 1990. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).

4. “Chevron Corp, Texaco Petroleum Co v. The Republic of Ecuador”, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility 2012, UNCITRAL. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0175.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
5. Schreuer C. The Protection of Investments in Armed Conflicts; in: *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* / Ed. by F. Baetens. CUP, 2013. P. 3–20.
6. “Toto Costruzioni Generali S. p. A. v. The Republic of Lebanon”, ICSID Case № ARB/07/12, Award of 7 June 2012. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1013.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
7. Vinuales J. Sovereignty in Foreign Investment Law. *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* / Ed. by Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Jorge E. Viñuales. OUP, 2014. P. 317–362.
8. “Austrian Airlines v Slovak Republic”, UNCITRAL, Final Award of 9 October 2009. *ITALAW*. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0048_0.pdf (дата звернення: 15.01.2019).
9. “Tokios Tokelés v. Ukraine”, ICSID Case № ARB/02/18, Award of 26 July 2007. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
10. Peterson L. In Jurisdiction Ruling, Arbitrators Rule That Russia Is Obligated Under BIT to Protect Ukrainian Investors in Crimea Following Annexation. *Investment Arbitration Reporter*. URL: <http://tinyurl.com/zdzthmq> (дата звернення: 15.01.2019).
11. *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005). *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
12. “Libananco Holdings Co v. Republic of Turkey”, ICSID Case № ARB/06/09, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
13. Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Iran Hostages case). 1980. ICJ Rep 1. *International Court of Justice*. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf> (дата звернення: 15.01.2019).
14. “Conoco Phillips Petrozuata B.V., Conoco Phillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela”, ICSID Case № ARB/07/30. URL: <https://www.italaw.com/cases/321> (дата звернення: 15.01.2019).
15. “OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela”, ICSID Case № ARB/10/14. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/cases/779> (дата звернення: 15.01.2019).
16. “Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan”, ICSID Case № ARB/10/1. *ITALAW*. URL: <https://www.italaw.com/cases/1220> (дата звернення: 15.01.2019).

Любашенко В. И. Особенности доказывания в международном инвестиционном арбитраже фактов, связанных с военными действиями

Аннотация. На основе нормативных источников и практики международного арбитража исследуются вопросы особенностей доказывания фактов, связанных с военными действиями. Внимание сосредоточено на вопросах бремени доказывания и презумпции законности действий государства, разных стандартов доказывания, применимых в инвестиционном арбитраже, допустимости «незаконных» доказательств.

Ключевые слова: военные действия, бремя доказывания, стандарт доказывания, допустимость доказательств, международный арбитраж.

Liubashenko V. Special rules of proving facts concerning military actions in international investment arbitration

Summary. At the present moment there is a wide practice of settlement investment disputes and this fact reflects a stance of interest towards arbitration as a tool of settlement disputes, as well as the widening of international legal basis of foreign investments. Nevertheless, cases with military aspects are still quite rare in investment arbitration and several special issues arise when a tribunal faces military actions of a State against or in conjunction with foreign investments. Starting with Introduction, where the state-of-the-art is presented, the author goes to the Section II, which concerns basic rules of evidence in international investment arbitration. It concludes by the finding that international investment arbitration is quite flexible in rules towards evidence. Further, Section III is dedicated to the issue of a burden of proof and the presumption of legality of State's actions. Through consideration of practice author stipulates that mere fact of military presence or activity on a territory is non-sufficient to establish a treaty violation. The next Section IV discusses the standard of proving. The use of regular standard or a high one merely depends on a character of potential violation: the case of potential existence of war crimes requires use of the high standard, likely in cases of potential violation of international law of armed conflicts. It is followed by Section V, which discovers the issue of the admissibility of evidences. Though arbitral practice is clearly liberal to the admissibility of evidences, obtained in violation of national law, it is more predictably that a tribunal finds evidence inadmissible if it was obtained in violation of international law. In the last Section – Conclusion – the author summarizes some special aspects of rules of evidence in international investment arbitration with military aspects. Existence of military actions in cases truly affects a normative framework of investments' protection and procedural rules, including rules of evidence.

Key words: military actions, burden of proof, standard of proving, admissibility of evidence, international arbitration.