

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

**Матеріали, які увійшли до публікації,
було підготовлено в рамках проекту Ради Європи
«Підтримка впровадженню судової реформи в Україні»**

м. Київ, квітень 2017 року

ЗМІСТ

1. Вступ	4
2. Тетяна Кисельова.«Програмний документ «Інтеграція медіації в судову систему України»	5
3. Тарас Шепель.«Концепція вдосконалення роботи третейських судів з метою покращення якості третейського вирішення цивільних і господарських спорів»	37
4. Наталія Кузнєцова. «Особливості функціонування міжнародного комерційного арбітражу в Україні»	52
5. Олена Перепелинська. «Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: аспекти, які потребують вдосконалення»	61

**МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ В УКРАЇНІ:
АСПЕКТИ, ЯКІ ПОТРЕБУЮТЬ ВДОСКОНАЛЕННЯ**

Перепелинська Олена
партнер та голова арбітражної практики в країнах СНД
МЮФ INTEGRITES,
Президент Української Арбітражної Асоціації

м. Київ, 2017

Протягом останніх років багато держав почали активно розвивати арбітраж у своїх юрисдикціях та вдосконалювати своє арбітражне законодавство, адже це дає багато переваг для місцевих арбітражних спільнот, зокрема і для держав у цілому. Україна не стоїть осторонь цих процесів і працює над реформами у цій сфері.

Регулювання міжнародного арбітражу в Україні

На даний час Україна є стороною всіх найважливіших міжнародних договорів у сфері міжнародного арбітражу.

Зокрема, вона є одним із підписантів (окремо від СРСР) Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958) та Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж (Женева, 1961), які набули для неї чинності ще за радянських часів та продовжили свою дію після проголошення Україною незалежності відповідно до Закону України «Про правонаступництво України» №1543-XII від 12.09.1991 року, згідно зі статтею 6 якого Україна підтвердила «свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України».

У сфері міжнародного інвестиційного арбітражу Україна також ратифікувала Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (Вашингтон, 1965), Договір до Енергетичної Хартії та, крім того, є стороною понад 70 двосторонніх договорів про сприяння та взаємний захист інвестицій.

Що ж стосується національного законодавства, то питання міжнародного арбітражу регулюються окремим законом - «Про міжнародний комерційний арбітраж» №4002-XII від 24.02.1994 року, -розробленим на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ «Проміжнародний торговельний арбітраж» (1985) (далі – «**Закон про МКА**»).

Окремі питання судового контролю врегульовані у розділі VII-1 (щодо оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу) та розділі VIII (щодо виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу) Цивільного процесуального кодексу України №1618-IV від 18.03.2004 року (далі – «**ЦПК**»).

Останні роки активно дискутується питання застосування до міжнародного арбітражу окремих положень Господарського процесуального кодексу України №1798-XII від 06.11.1991 року (далі – «ГПК»), зокрема його статті 12, яка була суттєво змінена ще у 2011 році.

Основні проблеми міжнародного арбітражу в Україні

В цілому регулювання міжнародного арбітражу в Україні відповідає кращим світовим стандартам, і більшість проблем у цій сфері виникають у зв'язку з недосконалістю процесуального законодавства у питаннях, пов'язаних із міжнародним арбітражем.

Зокрема, на даний час в українському процесуальному законодавстві повністю відсутні положення щодо сприяння міжнародному арбітражу, що не дозволяє українським судам вживати заходів забезпечення на підтримку міжнародному арбітражу чи надавати судове сприяння в отриманні доказів, необхідних в міжнародному арбітражі, хоча можливість звернення до державних судів з цих питань прямо передбачена статтями 9 та 27 Закону про МКА.

Існуюче процесуальне регулювання щодо контролю за міжнародним арбітражем також містить багато недоліків та прогалин, які суттєво знижують його ефективність та, відповідно, і привабливість міжнародного комерційного арбітражу в цілому. Адже тривалість процедури судового контролю, яка може проходити три, а інколи і чотири судових інстанції, нівелює переваги міжнародного арбітражу.

Зокрема, в ЦПК відсутня спеціальна процедура оспорування арбітражних рішень, винесених згідно з Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Розділ VII-1 ЦПК регулює процедуру оскарження рішень третейських судів, винесених відповідно до Закону України «Про третейські суди» №1701-IV від 11.05.2004 року (далі – ***«Закон про третейські суди»***), та не враховує специфіку міжнародного арбітражу, тож застосування його положень за аналогією до рішень міжнародного арбітражу породжує багато

практичних проблем. При цьому, оскільки Закон про третейські суди не передбачає оспорування/оскарження постанов третейського суду, Розділ VII-1 ЦПК не містить жодних положень, які хоча б за ана-логією можна було застосувати до процедури оспорування постанов міжнародного комерційного арбітражу, і ця процедура залишається нерегульованою.

Існуюча процедура визнання та виконання рішень міжнародного арбітражу також має багато недоліків, зокрема у питаннях добровільного виконання арбітражного рішення, валюти стягнення та нарахування відсотків.

Окремо необхідно відзначити недосконале регулювання питання арбітрабельності та виконання арбітражних застережень, яке породжує багато практичних проблем, як до, так і після арбітражного провадження.

Чому ці аспекти потребують вдосконалення?

Як показує досвід розвинених арбітражних юрисдикцій, «правильний» судовий контроль та підтримка дають чимало переваг та вигідвідповідній юрисдикції.

Перш за все, це покращує рейтинг 'doingbusiness' у відповідній юрисдикціїта, відповідно, робитьїїбільшпривабливоюдляінвестицій.

Проарбітражна судова практика робить юрисдикцію більш привабливою як місце арбітражу, а це, в свою чергу, зменшує відтік «своїх» спорів в інші юрисдикції, дозволяє стати нейтральним майданчиком для суто іноземних спорів, створює додаткову роботу для адвокатів, арбітрів та суддів цієї юрисдикції, та в кінцевому рахунку збільшує надходження до держбюджету у вигляді судових зборів і податків. Крім того, це створює додаткові переваги для місцевих користувачів арбітражу, яким легше погодити місце арбітражу у своїй рідній юрисдикції, яка є для них більш комфортною і менш витратною.

Яскравим прикладом для України можуть слугувати такі

юрисдикції, як Англія та Швейцарія, які шляхом реформування свого арбітражного законодавства та формування проарбітражної судової практики стали одними з найбільш привабливих місць арбітражу у світі, що щорічно приносить у бюджети цих країн мільйони доларів США.

Приклад цих країн дає відповідь на питання, яким же має бути судовий контроль/сприяння щодо арбітражу. Перш за все, він має бути максимально проарбітражним, а це вимагає високого рівня компетенції та глибокого розуміння суддями державних судів особливостей міжнародного арбітражу. По-друге, такий контроль і сприяння мають бути максимально швидким та ефективним, аби не нівелювати переваги міжнародного арбітражу як способу розв'язання спорів. Вони не обов'язково мають бути «дешевими», адже складність питань, які часто постають у цій категорії справ, та необхідність запобігати можливим процесуальним зловживанням обумовлюють досить високі судові витрати та суми зустрічних забезпечень для таких справ. В будь-якому разі, будь-які дії державних судів щодо міжнародного арбітражу не повинні виходити за межі, встановлені статтею 5 Закону про МКА: *«З питань, що регулюються цим Законом, ніяке судове втручання не повинно мати місця, крім як у випадках, коли воно передбачене в цьому Законі».*

Проекти реформ в Україні

На даний час існує декілька законодавчих ініціатив, спрямованих на вирішення описаних вище проблем.

Одна з них – це Законопроект №4351, який був зареєстрований у Верховній Раді України 31.03.2016 та на даний час чекає на перше читання. В його основу покладено напрацювання Української Арбітражної Асоціації.

Структурно Законопроектом №4351 пропонується додати до ЦПК нову Главу - VIII-1, в якій врегулювати всі питання судового контролю та сприяння щодо міжнародного арбітражу, зокрема: процедуру скасування рішень та постанов міжнародного арбітражу (Частина

1), процедуру визнання та виконання арбітражних рішень (Частина 2), процедуру надання судової підтримки міжнародному арбітражу (Частина 3).

Крім того, Законопроектом №4351 пропонуються зміни до ГПК, Закону України «Про судовий збір», а також до статті 6 Закону про МКА.

Іншою ініціативою, яка зачіпає судовий контроль та підтримку щодо міжнародного арбітражу, є комплексна реформа процесуального законодавства України в рамках судової реформи. Так, Радою з питань судової реформи розроблено проекти змін до ЦПК та ГПК, які, серед іншого, пропонують рішення існуючих проблем та прогалин у процесуальному законодавстві України у питаннях, що стосуються міжнародного арбітражу.

Згідно з проектами змін до кодексів, оприлюднених на сайті Ради з питань судової реформи, основні положення про судовий контроль та підтримку щодо міжнародного арбітражу містяться у ЦПК, щоправда структурно ці положення «розкидані» по кодексу. Наприклад, процедури судової підтримки знаходяться в розділі «Загальні положення» у різних главах, що регулюють питання доказів та забезпечення позову. Питання судового контролю рознесені по різних розділах ЦПК і в цій частині в проекті знайшли відображення багато з пропозицій Української Арбітражної Асоціації.

На відміну від Законопроекту №4351, робоча група Ради з питань судової реформи вирішила включити до проекту ГПК низку положень, які регулюють арбітрабільність, що викликало багато критики та зауважень у арбітражній спільноті.

Скільки судових інстанцій мають здійснювати контроль?

Безумовно, швидкість та ефективність судового контролю по відношенню до міжнародного арбітражу безпосередньо залежить від кількості судових інстанцій, які такий контроль здійснюють, адже кожна додаткова «ланка» може подовжити цей процес на декілька місяців, а може й років.

Перспектива того, що після розгляду справи в арбітражі необхідно буде пройти довгий та тернистий шлях для виконання арбітражного рішення, може відлякнути потенційний користувачів від вибору міжнародного арбітражу для вирішення спорів між ними.

Якщо подивитись на досвід розвинених арбітражних юрисдикцій Європи, то, наприклад, в Швейцарії та Австрії судовий контроль передано одній найвищій судовій інстанції, яка виносить остаточне рішення, а в Швеції та Франції ці функції передані апеляційним судам, рішення яких можуть бути оскаржені до Верховного суду відповідної юрисдикції.

В Україні на даний час у питаннях оспорування та виконання рішень міжнародного арбітражу можна пройти три, а інколи і чотири судових інстанцій – від загального місцевого суду до Верховного Суду України, при чому, можливо, і по кілька «кіл».

До 2005 року ситуація була значно кращою: ці питання розглядалися апеляційними судами, ухвали яких могли бути оскаржені до Верховного суду України.

Ця модель була значно кращою та ефективною, тож всі існуючі проекти реформ пропонують повернутися до неї, що правда, з деякими модифікаціями.

Так, Законопроект №4351 передбачає зменшення кількості судових інстанцій у розгляді усіх пов'язаних з арбітражем питань, включаючи визнання та виконання арбітражних рішень, скасування рішень та постанов арбітражу та надання судової підтримки арбітражу українськими судами до двох судових інстанцій – Апеляційного суду міста Києва та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Проект ЦПК, розроблений Радою з питань судової реформи, делегує ці функції всім апеляційним судам України (за визначеними ним правилами), рішення яких можуть оскаржуватись до Верховного Суду України.

Підходи до оспорювання арбітражних рішень

Одним із суттєвих чинників, які впливають на вибір місця арбітражу, є законодавство та судова практика з питань оспорювання арбітражних рішень, адже за загальним правилом саме суди за місцем арбітражу мають право скасовувати рішення міжнародного арбітражу у визначених законом випадках.

Відповідно, для того, щоб зробити будь-яку юрисдикцію (в тому числі й Україну) більш привабливим місцем арбітражу, необхідно максимально зменшити можливість скасування арбітражного рішення та зробити відповідні процедури максимально ефективними та прогнозованими.

Найпростіше рішення для досягнення цієї мети – це надання сторонам можливості відмовитись від оспорювання наперед.

Цим шляхом пішла свого часу Франція, передбачивши у статті 1522 свого цивільно-процесуального кодексу, що: *«сторони за угодою можуть у будь-який момент відмовитися від свого права на оспорювання арбітражного рішення»*.

Стаття 192 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» пропонує дещо інше рішення і дозволяє сторонам у будь-який момент виключити своєю угодою можливість оспорювання арбітражного рішення або певних підстав такого оспорювання, якщо жодна зі сторін не має в Швейцарії свого місця знаходження, місця проживання чи відділення.

В Україні це питання зараз не врегульоване, що на практиці означає відсутність можливості відмовитись наперед від оспорювання майбутнього арбітражного рішення. Однак, Законопроектом №4351 пропонується надати сторонам таку можливість, адже ті самі обставини можуть бути перевірені судом в процедурі виконання арбітражного рішення, якщо воно буде відбуватися в Україні.

Судовий контроль: заповнення прогалін

Законопроектом №4351 встановлюється процедура прийняття

судом рішень щодо постанов міжнародного арбітражу, винесених як з питання попереднього характеру, про те, що він має компетенцію (ч.3 ст.16 Закону про МКА), яка на даний час не врегульована. Схожі положення містить і Проект ЦПК, підготований Радою з питань судової реформи.

Обома законопроектами встановлюється процедура реалізації судом положень ч.4 ст.34 Закону про МКА, згідно з якими суд, якщо визнає це належним, може зупинити провадження про оспорювання рішення міжнародного комерційного арбітражу на встановлений ним строк з тим, щоб надати складу міжнародного комерційного арбітражу можливість відновити арбітражний розгляд або вжити інших дій, які, на думку складу міжнародного комерційного арбітражу, дадуть можливість усунути підстави для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу.

Судовий контроль: проблема добровільного виконання

З огляду на діюче валютне регулювання на даний час в Україні неможливо добровільно виконати арбітражне рішення, якщо вказана в ньому сума виражена в іноземній валюті, адже окрім самого арбітражного рішення платник зобов'язаний надати своєму обслуговуючому банку виконавчий документ. Для того, щоб його отримати, необхідно пройти всю процедуру визнання та виконання арбітражного рішення, яка може бути ініційована виключно кредитором.

Оскільки Законопроект №4351 не має на меті зміну чинного валютного регулювання в Україні, в якості більш компромісного варіанту Законопроектом №4351 запроваджується спрощена процедура видачі таких виконавчих документів за заявою боржника, обмежуючи судовий контроль лише питаннями публічного порядку та арбітрабільності.

В Проекті ЦПК Ради з питань судової реформи цю проблему вирішено дещо інакше: боржнику надано право пройти відповідну судову процедуру для добровільного виконання арбітражного

рішення та отримання відповідної ухвали, але право на отримання виконавчого документу залишено за кредитором.

Судовий контроль: проблема валюти стягнення

На даний час суд зобов'язаний завжди конвертувати суму, що підлягає стягненню за арбітражним рішенням, у валюту України на дату винесення ухвали про задоволення клопотання про надання дозволу на виконання арбітражного рішення. Таким чином, для кредитора створюються додаткові валютні ризики, а також подальші проблеми для перерахування суми стягнення в юрисдикцію стягувача.

Законопроектом №4351 передбачено, що відповідна конвертація суми, що підлягає стягненню за арбітражним рішенням, у валюту України або вільноконвертовану валюту відбувається виключно за заявою стягувача.

Експерти Ради з питань судової реформи у Проекті ЦПК використовують схоже рішення, що правда можливість конвертації обмежена валютою України.

Судовий контроль: проблема відсотків

Відсотки річних є ефективним стимулом для добровільного виконання арбітражного рішення, який спонукає боржника не затягувати з оплатою, тож у світовій практиці досить часто такі відсотки річних не вказують у твердій сумі в тексті арбітражних рішень.

В Україні питання стягнення відсотків річних за арбітражними рішеннями не врегульовано, на практиці українські суди не завжди погоджуються у своїх ухвалах про визнання та виконання арбітражного рішення вказати суму відсотків річних, яка нарахована на дату відповідної ухвали.

Законопроект №4351 встановлює повноваження суду та порядок визначення суми відсотків, що відповідно до арбітражного рішення підлягають стягненню на дату постановлення ухвали про визнання та виконання арбітражного рішення.

Проект ЦПК Ради з питань судової реформи пішов іще далі та додатково передбачив можливість нарахування остаточної суми відсотків органом (особою), який (яка) здійснює примусове виконання рішення суду.

Судовий контроль: проблема арбітрабельності

Одним із найважливіших факторів для розвитку арбітражу в Україні є питання арбітрабельності, яке багатороків залишається дискусійним як в теорії, так і в судовій практиці.

Більшість проблем виникла у зв'язку з неодноразовою зміною редакції статті 12 ГПК (яка історично містила в собі обмеження щодо арбітрабельності спорів) та неоднаковою практикою її застосування судами, перш за все, щодо арбітрабельності так званих «корпоративних спорів» та спорів щодо договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб.

Законопроект №4351 пропонується усунути суперечності в законодавстві України щодо арбітрабельності спорів та встановлюється загальне правило, що сторони мають право передати спір, який підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства/підвідомчий господарським судам, та щодо якого сторони можуть укласти мирову угоду, на розгляд третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, крім випадків, встановлених законом. Така однакова загальна формула пропонується до включення до ЦПК та ГПК, в той час як спеціальні правила мали б встановлюватися виключно профільними законами - Законом про МКА та Законом про третейські суди.

В проекті ГПК Ради з питань судової реформи застосовано зовсім інший підхід та встановлюється ціла низка категорій спорів, які не можуть бути передані на вирішення до арбітражу (ст.ст.21 та 23 Проекту ГПК). Запропоновані виключення (як за змістом, так і за юридичною технікою) викликали багато дискусій та критики в арбітражній спільноті України.

Судовий контроль та сприяння: підходи до арбітражної угоди

На даний час українська судова практика сформувала досить формалістичний та незавжди «проарбітражний» підхід до арбітражних угод, наприклад, таких, які мають певні недоліки, що можуть бути усунуті шляхом тлумачення (наприклад, неточність у назві арбітражної установи). Звичайно, такий формалізм негативно відображається на арбітражному іміджі України.

Ситуацію можна було б значно покращити, якби українські суди у своїй практиці використовували максимально проарбітражний підхід, здійснювали б виключно обмежений *prima facie review* щодо дійсності арбітражної угоди, а також тлумачили б будь-які недоліки арбітражної угоди на користь її дійсності та виконаності.

З цією метою Законопроект №4351 закріплює загальне правило: *«будь-які неточності в тексті арбітражної угоди сторін та/ або сумніви щодо її дійсності, чинності та виконаності повинні тлумачитися судом на користь її дійсності, чинності та виконаності».*

Проекти ЦПК та ГПК Ради з питань судової реформи пропонують дещо відмінні рішення, обумовлюючи застосування процитованого вище загального «проарбітражного» правила тлумачення додатковими обставинами, які має встановити суд.

Забезпечувальні заходи на підтримку арбітражу

Звичайно, реалізація переваг арбітражу залежить від можливості ефективного виконання відповідного арбітражного рішення. А успіх останнього часто обумовлений можливістю отримання забезпечувальних заходів на підтримку арбітражного провадження, наданих державним судом за місцем знаходження боржника чи його активів. Відсутність такої можливості у Україні (незалежно від місця арбітражу) зводили нанівець старання багатьох іноземних кредиторів в арбітражних провадженнях проти українських боржників, адже на момент їх звернення за виконанням відповідного арбітражного

рішення, боржник вже міг позбутися всіх своїх активів і навіть ліквідуватися.

Безумовно, Україніціюпрогалинунеобхіднозаповнюватиобережно і з урахуванням кращих світових практик.

Загальний підхід до вжиття забезпечувальних заходів на підтримку міжнародного арбітражу в більшості розвинених юрисдикцій – це вжиття таких заходів відповідно до стандарту, прийнятого для судових проваджень у цій же юрисдикції. При цьому для запобігання можливим зловживанням з боку кредитора, від останнього, як правило, вимагається надання зустрічного забезпечення як передумова вжиття запитуваних заходів судом. І звичайно ж, приймаючи рішення щодо вжиття, зміни чи скасування таких заходів, суд має враховувати особливості, притаманні міжнародному арбітражу.

І Законопроект №4351, і Проект ЦПК Ради з питань судової реформи в цілому слідує вказаним вище підходам, хоча й реалізують їх різними шляхами. Обидва законопроекти передбачають звернення за вжиттям забезпечувальних заходів тільки після ініціювання відповідного арбітражного провадження, регулюють надання зустрічного забезпечення та містять спеціальні правила, що враховують специфіку міжнародного арбітражу.

Наприклад, Законопроект №4351 передбачає можливість звернення за отриманням заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного арбітражу після ініціювання арбітражного провадження; встановлює для вжиття таких заходів стандарт, аналогічний тому, який на даний час існує для надання заходів забезпечення позову в процесі отримання дозволу на примусове виконання арбітражного рішення (ст. 394 ЦПК України): якщо їх невжиття може ускладнити чи унеможливити виконання майбутнього арбітражного рішення; а також передбачає можливість застосування будь-яких заходів забезпечення позову, які існують в цивільному процесі (ст. 152 ЦПК України), із додатковими виключеннями, які встановлені ГПК України щодо корпоративних спорів.

Сприяння в отриманні доказів

Сприяння державним судом в отриманні доказів, необхідних для арбітражного розгляду, може стати вирішальним для справи в арбітражі. Адже у складу арбітражного суду відсутні дієві механізми «добути» такі докази самостійно від третіх осіб і навіть від сторони, яка, наприклад, ухиляється від участі в арбітражному провадженні.

В світовій практиці існують різні моделі надання судової підтримки з цих питань.

Наприклад, в США та Швейцарії судове сприяння з цих питань надається за процедурою виконання доручень іноземних судів.

В Україні на сьогодні відсутні процесуальні норми, які б дозволяли отримати таке сприяння від українських судів.

Існуючі законодавчі ініціативи, хоч і по-різному, але заповнюють цю прогалину.

Так, Проект ЦПК Ради з питань судової реформи пропонує до цієї категорії доказів застосовувати загальні правила про докази у цивільному процесі з певними спеціальними умовами.

В свою чергу, Законопроект №4351 передбачає надання судами сприяння згідно з процедурою, передбаченою ст. 417 ЦПК України «Виконання в Україні судових доручень іноземних судів», з певними особливостями, які враховують специфіку міжнародного арбітражу.

Запит складу арбітражного суду оформлюється у вигляді постанови та має бути засвідчений постійно діючою арбітражною установою, що адмініструє відповідне арбітражне провадження (якщо це інституційний арбітраж), або компетентним органом, що здійснює функції сприяння по відношенню до цього арбітражного провадження (якщо це арбітраж *ad hoc*).

Такий запит підлягає виконанню не пізніше, ніж у тридцятиденний

строк з дня його отримання судом. Вказаний строк може бути продовжений судом, якщо це необхідно для вчинення запитуваних процесуальних дій.

Описані вище проекти реформ безумовно дозволять вдосконалити процесуальне законодавство України у питаннях, пов'язаних з міжнародним арбітражем, та вирішити багато проблем у цій сфері.

www.coe.int

Видання підготовлено за сприяння проекту Ради Європи
«Підтримка впровадженню судової реформи в Україні»

Контактна інформація:
Офіс Ради Європи в Україні
вул. Іллінська, буд. 8, під'їзд 7, поверх 6
м. Київ 04070
Тел./факс: +380 44 4253370

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE