

17 листопада 2017 року

**Парубію А.В.,
Голові Верховної Ради України**

**Іванчуку А.В.,
Голові Комітету з питань економічної
політики**

**Князевичу Р.П.,
Голові Комітету з питань правової
політики та правосуддя**

Щодо проекту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні за реєстраційним номером 6540 від 6 липня 2017 року в частині регулювання третейського судочинства

Шановні панове,

Громадська організація “Українська Арбітражна Асоціація” (“**Асоціація**”) висловлює свою повагу та звертається до Вас з приводу такого.

Асоціація, заснована 10 серпня 2012 року, є єдиною в Україні професійною громадською організацією, яка об’єднує українських та іноземних фахівців та вчених у сфері арбітражу. Відповідно до положень свого Статуту, затвердженого Позачерговими установчими зборами Асоціації Протоколом №4 від 20 грудня 2016 року, основними завданнями діяльності Асоціації є, серед іншого, проведення досліджень практики застосування законодавства України та інших країн у галузі арбітражу, сприяння у діяльності організацій, державних органів, юридичних осіб та фізичних осіб, пов’язаної із забезпеченням та удосконаленням роботи в галузі арбітражу, а також організація та участь у конгресах, конференціях, з’їздах, семінарах і симпозіумах, з питань арбітражу та інших пов’язаних сферах.

Асоціація бере активну участь у розробці та обговоренні законодавчих ініціатив у сфері арбітражу. Так, наприклад, Асоціацією було розроблено пропозиції щодо вдосконалення процесуального законодавства України з питань судового контролю та підтримки міжнародного комерційного арбітражу, які в тій чи іншій мірі були враховані різними робочими групами, що працювали над змінами до процесуальних кодексів, в тому числі в рамках законопроектів №4351 від 31 травня 2016 року та №6232 від 23 травня 2017 року.

Наразі на розгляді Верховної Ради України перебуває проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні за реєстраційним номером 6540 від 6 липня 2017 року (надалі – “**Законопроект № 6540**”). Серед інших положень, пунктом 27 Законопроекту № 6540 пропонується внести зміни до Закону України “Про третейські суди”, а саме суттєво розширити коло спорів, які можуть розглядатися третейськими судами. Крім того, пунктом 4 законопроекту пропонується внести зміни до Кримінального кодексу України щодо кримінальної відповідальності третейських суддів за винесення завідомо неправосудного рішення.

Асоціація вітає кроки щодо розвитку законодавчого регулювання та вдосконалення функціонування арбітражу в Україні, проте закликає підходити до цього процесу дуже зважено та з урахуванням усіх можливих ризиків, які такі зміни можуть нести.

З моменту набрання чинності Законом “Про третейські суди” існують системні проблеми з його застосуванням. Першопричиною цих проблем є не тільки, і не стільки недоліки формулювань Закону, чи питання кваліфікації, незалежності та неупередженості третейських суддів. Як раз всі ці проблеми можна було б вирішити, якби держава забезпечила ефективний контроль – на рівні судів та правоохоронних органів. Якість такого контролю, в свою чергу, залежить від якості юридичної освіти (в тому числі, в сфері арбітражу, який, на жаль, й досі не викладається в більшості українських юридичних шкіл) та якості судової та правоохоронної системи в цілому.

Як показав понад десятирічний досвід застосування Закону “Про третейські суди”, ані державні суди, на які покладені функції контролю за третейським розглядом, ані правоохоронні органи України не змогли ефективно протидіяти зловживанням в цій сфері.

Приміром, Верховний суд України ще 11 лютого 2009 року в Узагальненні практики застосування судами Закону України “Про третейські суди” наголошував на такому: *“Вбачається, що є необхідність звернути увагу на кількість та характер зловживань, які допускають третейські суди при розгляді ними справ. Хоча може здаватися, що ця проблема стосується системи судочинства лише опосередковано, практика свідчить про інше, оскільки зловживання третейських судів мають масовий і системний характер. Зрештою, саме державні суди стають заручниками цієї проблеми, оскільки нерідко змушені вирішувати вкрай складні питання щодо фактичного “узаконення” сумнівних рішень третейських судів.”*

Безперечно, все це вкрай негативно вплинуло на імідж третейського судочинства в цілому.

Тому, для того щоб функціонування третейських судів дало очікувані результати у майбутньому, сьогодні їх реформування треба проводити комплексно, ґрунтовно та з належною ретельністю. Асоціація буде рада можливості долучитися до процесу комплексного реформування третейського судочинства, яке забезпечить функціонування ефективного і незалежного третейського судочинства та повернення довіри громадськості та бізнесу до нього.

Ми вважаємо, що поточна редакція пп. 4 та 27 Законопроекту № 6540 несе в собі ряд істотних ризиків. У зв'язку з цим ми хотіли б викласти свої зауваження до окремих положень Законопроекту № 6540 нижче.

1. ЗАУВАЖЕННЯ ДО П. 27 ЗАКОНОПРОЕКТУ 6540

1.1. Необхідність чіткого розмежування обсягу регулювання третейського судочинства та міжнародного комерційного арбітражу

Історично в Україні склалася дуалістична система третейського розгляду. У той час як розгляд спорів між юридичними особами України та/або громадянами України (тобто спори, що не мають міжнародного елемента) регулюється Законом України “Про третейські суди”, спори за участю сторін, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном, регулюється Законом України “Про міжнародний комерційний арбітраж”.

Правове регулювання міжнародного комерційного арбітражу є окремим та самостійним від правового регулювання третейського судочинства. Ч. 4 ст.1 Закону України “Про третейські суди” прямо передбачає, що *“Дія цього Закону не поширюється на міжнародний комерційний арбітраж”*. Саме для уникнення будь-яких сумнівів ст. 6 додатково передбачає, що третейські суди не можуть розглядати справи, коли хоча б одна із сторін спору є нерезидентом України.

На нашу думку, пропозиція Законопроекту 6540 вилучити вказану заборону зі ст. 6 Закону України “Про третейські суди” є невинуватою та небезпечною. Потенційно, вона може призвести до невизначеності правового регулювання та істотних правових колізій, зокрема, для спорів за участю нерезидентів. Закон України “Про третейські суди” розроблявся виключно для третейського розгляду **внутрішніх спорів між українськими резидентами**, що впливає навіть

із процесуальних строків, встановлених законом для різних цілей, які є очевидно недостатніми для участі в таких процедурах нерезидентів. Іншими словами, цей закон у поточній редакції просто не пристосований у багатьох аспектах для спорів за участю нерезидентів. А положення Закону «Про третейські суди» про підстави для скасування рішень третейських судів не відповідають міжнародним стандартам, закріпленим, в тому числі, в ст. 34 Типового Закону ЮНСІТРАЛ, і відповідно, відрізняються від підстав для скасування рішення міжнародного арбітражу за ст.34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Така невизначеність вимог до арбітражної процедури за участю нерезидента та підстав для скасування відповідного арбітражного рішення, у свою чергу, призведе до занепаду міжнародного комерційного арбітражу України та руйнування іміджу України, як країни дружньої до арбітражу.

У зв'язку з цим, ми вважаємо за необхідне зберегти чіткий розподіл між сферами регулювання та застосування Закону України «Про третейські суди» та Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Для цього ми пропонуємо:

- (i) зберегти у ст. 6 Закону України «Про третейські суди» заборону третейським судам розглядати спори за участю нерезидентів, тобто залишити нинішню редакцію цього положення без змін.
- (ii) У разі ж якщо дане положення буде вилучене зі ст. 6, вважаємо за необхідне доповнити ч. 4 ст. 1 Закону України «Про третейські суди» таким реченням *“Третейські суди у порядку третейського розгляду, встановленим цим Законом, не можуть розглядати справи, якщо хоча б одна із сторін справи є іноземцем чи іноземною юридичною особою”*.

1.2. Необхідність узгодження положень Закону “Про третейські суди” із новими редакціями Господарського процесуального кодексу України та Цивільного процесуального кодексу України

Звертаємо Вашу увагу, що 3 жовтня 2017 року Верховна Рада України прийняла Проект Закону № 6232 про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів. Наразі зазначений закон переданий на підпис Президентові України.

Ст. 23 Господарського процесуального кодексу України, в редакції, викладеній зазначеним Проектом Закону (надалі - “**Новий ГПК**”), містить детальне регулювання кола справ, які можуть передаватися на розгляд третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу.

Окремі зміни, запропоновані Законопроектом № 6540, (наприклад, щодо корпоративних спорів) не узгоджуються із положеннями ст. 23 Нового ГПК. Це є неприпустимим не тільки з позиції законодавчої техніки, а й з практичної точки зору, адже може призвести до правових колізій та можливих зловживань недобросовісними сторонами третейського розгляду.

1.3. Зауваження щодо дійсності третейської угоди за участю споживачів

Проект пропонує доповнити ст.12 Закону наступним положенням: *“Третейська угода (третейське застереження), яка (яке) обмежує право споживача на звернення до суду та/або встановлює виключний розгляд справи за позовом споживача третейським судом, є недійсною.”* Крім того, у новій статті 7-1 Проекту пропонується надати споживачу, який подав позов до третейського суду про захист своїх прав як споживача, право «у будь-який час припинити розгляд такого позову третейським судом, подавши про це відповідну заяву. Рішення третейського суду за позовом споживача не є обов'язковим для споживача та не перешкоджає такому споживачеві звернутися за захистом своїх прав до суду».

На нашу думку, основна мета авторів проекту – забезпечити споживача можливістю звернутися до державного суду за захистом своїх прав як споживача навіть за наявності третейської угоди – була (і є) забезпечена законодавством України про захист прав споживачів ще до включення п.14 до ст.6 Закону “Про третейські суди” у 2011 році. Тож дублювати її в Законі недоцільно.

Більше того, запропоноване формулювання створює ризики для дійсності всіх третейських угод і застережень за участю споживачів в цілому, а не тільки щодо вузької категорії спорів “за позовами споживачів про захист їх прав як споживачів”. А створення штучних виключень щодо необов’язковості рішень третейського суду для однієї з сторін третейського розгляду (а саме споживача) суперечить суті та природі третейського розгляду, позбавляючи його сенсу.

Все це, в свою чергу, повністю заблокує розвиток арбітражу за участю фізичних осіб. Тож, пропонуємо процитовані вище положення Законопроекту №6540 виключити.

2. ЗАУВАЖЕННЯ ДО П. 4 ЗАКОНОПРОЕКТУ № 6540

Пункт 4 Законопроекту № 6540 пропонує запровадити кримінальну відповідальність третейських суддів за винесення завідомо неправосудних рішень.

Вважаємо, що дане положення є надзвичайно небезпечним, адже ініціювання таких кримінальних проваджень може бути використане недобросовісними сторонами для тиску на третейських суддів чи арбітрів. Серед іншого, це повністю знищить привабливість України як потенційного місця розгляду спорів шляхом арбітражу. Не викликає жодних сумнівів, що жоден авторитетний арбітр (і тим більше іноземний арбітр) не погодиться брати участь у розгляді справи в Україні, якщо існуватиме навіть потенційна небезпека його кримінального переслідування за рішення, які він виноситиме. Залишається без відповіді також і питання, хто визначатиме неправосудність таких рішень, особливо враховуючи, що арбітражне рішення не підлягає перегляду по суті державними судами, і може бути винесене із застосуванням норм іноземного права чи взагалі “по справедливості” (ex aequo et bono).

Звертаємо Вашу увагу, що законодавство абсолютної більшості країн світу дружніх до арбітражу не передбачає відповідальності арбітрів за рішення, які ними виносяться (за відсутності факту отримання хабаря). Не передбачена така відповідальність і Додатковим протоколом до Конвенції Ради Європи про кримінальну відповідальність за корупцію, підписаним у Страсбурзі 15 травня 2003 року.¹

Це, звичайно ж, не виключає можливість притягнення арбітрів до відповідальності у разі встановлених фактів хабарництва, шахрайства чи інших кримінальних правопорушень. Але положення про відповідальність за відповідні злочини вже встановлена Кримінальним кодексом України, зокрема, ст. 368-4:

“3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання аудитором, нотаріусом, приватним виконавцем, експертом, оцінювачем, третейським суддею або іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов’язану з наданням публічних послуг, а також незалежним посередником чи арбітром під час розгляду колективних трудових спорів неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення дії або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи”.

У зв’язку з цим ми закликаємо виключити пункт 4 із Законопроекту № 6540.

* * *

¹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008370e>

Ми наголошуємо, що Асоціація вітає практичні кроки до реформування системи третейського судочинства, необхідні для її розвитку та повернення їй довіри. Ми готові до більш детального обговорення викладених у цьому листі зауважень. Асоціація також готова взяти участь у розробці комплексної реформи правового регулювання третейського судочинства в Україні.



З повагою,

Олена Перепелинська,
Президент ГО “Українська Арбітражна Асоціація”