

9 березня 2017 року

Координатору Ради з питань судової реформи
Філатову Олексію Валерійовичу
oleksiy.filatov@apu.gov.ua
Копія: viktor.korolenko@apu.gov.ua
kostyantyn.krasovsky@apu.gov.ua

Щодо запропонованих проектом ГПК правил арбітрабельності, а також правил вжиття заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу та сприяння суду в отриманні доказів на підтримку міжнародного комерційного арбітражу, запропонованих проектом ЦПК, та деяких інших питань судової реформи

Шановний Олексію Валерійовичу,

Громадська організація «Українська Арбітражна Асоціація» висловлює свою повагу та звертається до Вас з приводу такого.

Як Вам, відомо, Громадська організація «Українська Арбітражна Асоціація» («Українська Арбітражна Асоціація» або «УАА»)¹ є єдиною в Україні професійною громадською організацією, яка об'єднує українських та іноземних фахівців та вчених у сфері міжнародного арбітражу. Відповідно до положень свого Статуту, затвердженого установчими зборами Протоколом №1 від 10 серпня 2012 року, метою діяльності ГО «Українська Арбітражна Асоціація» є, зокрема, сприяння створенню позитивного іміджу України як місця арбітражу для вирішення комерційних спорів шляхом розвитку взаємовигідного співробітництва фахівців України та інших країн у галузі арбітражу, а також вдосконалення та популяризація арбітражу в Україні. Основними завданнями діяльності Української Арбітражної Асоціації, серед іншого, є сприяння в розробці державної політики щодо арбітражу та проведення досліджень практики застосування законодавства України в галузі арбітражу.

Українська Арбітражна Асоціація вітає ініціативи Ради з питань судової реформи щодо вдосконалення процесуального законодавства України, зокрема, з питань, що стосуються міжнародного арбітражу.

Однак, ми звертаємося до Вас у зв'язку із тим, що попри загальну позитивну тенденцію впровадження змін щодо сприяння міжнародному комерційному арбітражу, зокрема втілених в проекті Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (щодо судової реформи)» («ПЗ ЦПК»), існує ряд питань, які потребують доопрацювання та змін, як в ПЗ ЦПК, так і в частині змін, запропонованих проектом Господарського процесуального кодексу (ПЗ ГПК).

КОМЕНТАРІ ТА ПРОПОЗИЦІЇ УАА ЩОДО ПЗ ГПК

Перш за все, в арбітражній спільноті України викликають занепокоєння нові правила щодо можливості передачі спорів, підвідомчих господарським судам, на вирішення міжнародного арбітражу з огляду на їх можливі негативні наслідки для розвитку міжнародного арбітражу в Україні та інвестиційної привабливості нашої держави в цілому. Йдеться про запропоновані редакції ст.21 та ст.23 ПЗ ГПК.

Статті 21 та 23 ПЗ ГПК: Законодавча техніка

Запропоноване закріплення положень щодо можливості/неможливості передачі спорів до міжнародного комерційного арбітражу (арбітрабельності спорів) у статтях 21 та 23 ПЗ ГПК є не зовсім вдалим з точки зору законодавчої техніки.

¹ Зареєстровано Головним управлінням юстиції в м. Києві, за Наказом від 03.09.12, свідоцтво №0124-2012 ГО.

Підвідомчість спорів як така не пов'язана з питанням арбітрабельності.

Положення стосовно арбітрабельності спорів, як і будь-які положення спеціалізованого характеру, краще закріплювати саме у спеціалізованих законах, а не в одному з процесуальних кодексів.

В практичній площині ці питання найчастіше виникають в рамках процедур оспорування рішень міжнародних комерційних арбітражів, винесених на території України (перш за все, рішення МКАС та МАК при ТПП України), а також отримання дозволу на виконання арбітражних рішень (як іноземних, так і винесених в Україні), які віднесені до компетенції загальних, а не господарських, судів.

Тож, запропонований формат нормативного закріплення цих питань у ГПК призведе до того, що загальні суди в рамках цивільного процесу повинні будуть застосовувати положення ГПК та ще й у різних, можливо, вже нечинних редакціях (наприклад, на дату укладання контракту, з якого виник спір, або на дату початку арбітражного розгляду, або на дату арбітражного рішення тощо).

Найбільш зручним рішенням для уникнення таких колізій було б:

- (1) або виключення питань арбітрабельності з процесуальних кодексів взагалі,
- (2) або використання в них обох формули, закріпленої в ч.1 ст.22 проекту ПЗ ЦПК,
- (3) або включення в них однакового загального правила (формули) про можливість передачі на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу спорів, підвідомчих відповідним судам, щодо яких сторони можуть укласти мирову угоду, крім випадків, встановлених законом, а також щодо дійсності й тлумачення відповідного договору.

Останній з запропонованих підходів відповідає провідній та переважаючій міжнародній практиці². Крім того, він дозволить відділити відносини, які містять публічно-правовий елемент (на захист яких і впроваджуються обмеження щодо арбітрабельності) – спори з таких відносин, відповідно, будуть неарбітрабельними. З іншої сторони, щодо комерційної сторони правовідносин, що може бути врегульована угодою сторін, недоцільно впроваджувати обмеження щодо можливості передавати спори до міжнародного комерційного арбітражу.

КОМЕНТАРІ ЩОДО АРБИТРАБЕЛЬНОСТІ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ СПОРІВ, ВИКЛЮЧЕНИХ СТ.СТ.21, 23 ПЗ ГПК

• Пункт 2 частини першої статті 21 ПЗ ГПК, ч.1 ст.23 ПЗ ГПК

Відповідно до п.2 ч.1 ст.21 ПЗГПК «спори щодо приватизації майна, крім спорів про приватизацію державного житлового фонду» вважатимуться неарбітрабельними.

В процесі приватизації можлива участь іноземних інвесторів, які, в силу багатьох причин надають перевагу міжнародному комерційному арбітражу для вирішення спорів з відповідних договорів купівлі-продажу об'єкту приватизації. Обмеження цієї можливості суттєво зашкодить інвестиційній привабливості України.

² Наприклад, ст.1 Арбітражного закону Швеції встановлює «Disputes concerning matters in respect of which the parties may reach a settlement may, by agreement, be referred to one or several arbitrators for resolution. Such an agreement may relate to future disputes pertaining to a legal relationship specified in the agreement. In addition to interpreting agreements, the filling of gaps in contracts can also be referred to arbitrators.»,
<http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>;

Параграф 582 Цивільного процесуального кодексу Австрії встановлює: «(1) Любое имущество требование, которое подлежит рассмотрению в государственных судах, может быть предметом арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение в отношении неимущественных требований действительно постольку, поскольку стороны способны заключить мировое соглашение в отношении предмета спора.»,
http://www.viac.eu/images/ZPO_Schiedsrecht_2014_ru_20141201.pdf

Крім того, віднесення спорів щодо приватизації до категорії неарбітрабельних становитиме суттєвий крок назад у порівнянні з найновішим законодавством, що передбачає арбітрабельність таких спорів. Згідно зі змінами, внесеними у лютому 2016 року до ст.27 Закону України «Про приватизацію державного майна»:

«10. За бажанням органу приватизації в договорі купівлі-продажу об'єкта приватизації може передбачатися можливість вирішення спорів, що виникають між продавцем та покупцем у зв'язку з договором купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі, у міжнародному комерційному арбітражному суді. При цьому якщо орган приватизації в договорі купівлі-продажу об'єкта приватизації передбачає вирішення спорів, що виникають між продавцем та покупцем у зв'язку з договором купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі, у міжнародному комерційному арбітражному суді, але сторони не досягли згоди щодо вибору міжнародного комерційного арбітражного суду, в якому такий спір підлягає розгляду, будь-який спір, суперечка або претензія, що виникають з приводу укладеного договору купівлі-продажу об'єкта приватизації або пов'язані з ним, у тому числі щодо його порушення, припинення або недійсності, підлягають остаточному вирішенню шляхом арбітражу відповідно до Арбітражного регламенту Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма.»

- **Пункт 3 частини першої статті 21 ПЗ ГПК, ч.1 ст.23 ПЗ ГПК**

Пункт 3 частини першої ст. 21 ПЗГПК переводить у статус неарбітрабельних «3) спори, що виникають з корпоративних відносин, в тому числі спори між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), у тому числі учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, крім трудових спорів».

Закон України про Міжнародний комерційний арбітраж («Закон про МКА») чітко дозволяє передавати до міжнародного арбітражу певні категорії так званих корпоративних спорів, а саме: спори між учасниками підприємств з іноземними інвестиціями (далі – ПІІ), створених на території України.

Метою включення до Закону про МКА положень про арбітрабельність таких спорів було сприяння іноземному інвестуванню в Україні та забезпечення, серед іншого, можливості розгляду у порядку міжнародного арбітражу спорів між учасниками ПІІ не залежно від їх державної належності. Адже без п.2 ч.2 ст.1 Закону про МКА створювалася б ситуація, за якої спори між українським та іноземним учасниками ПІІ могли б передаватися до міжнародного арбітражу в силу загальних положень п.1 ч.2 ст.1 Закону про МКА, а спори між українськими учасниками цього ж ПІІ – ні. Відповідно, в учасників ПІІ не було б можливості встановити єдиний порядок вирішення майбутніх спорів між ними, що фактично призвело б до нівелювання переваги у питаннях арбітрабельності для іноземного учасника.

Що ж стосується ст.12 чинної редакції ГПК, то з 2011 року обмеження, прописані в цій статті стосовно арбітрабельності корпоративних спорів, не поширюються на міжнародний комерційний арбітраж, а стосуються виключно третейських судів.

До реформи 2011, якою було змінено ст.12 ГПК, року застосування цих положень до міжнародного комерційного арбітражу створювало багато практичних проблем та сприяло створенню холдингових корпоративних структур українських компаній в іноземних юрисдикціях, право яких дозволяє передавати корпоративні спори в міжнародний комерційний арбітраж.

В цілому, світові законодавчі тенденції свідчать на користь арбітрабельності корпоративних спорів, оскільки така опція є привабливою для інвесторів та, відповідно, досить вигідною для юрисдикції, яка хоче залучити іноземні інвестиції до своєї економіки.

- **Комерційні спори щодо цінних паперів – пункти 4,5 частини першої статті 21 ПЗ ГПК, ч.1 ст.23 ПЗ ГПК**

УАА підтримує виключення обмежень щодо арбітрабельності зазначеної категорії спорів у порівнянні з попередньою редакцією ПЗ ГПК (попередні чч.4,5 ст.21 ПЗ ГПК), які, зокрема, відносили до неарбітрабельних «спори щодо цінних паперів, в тому числі пов'язані з правами на цінні папери та правами, що виникають з них, емісією, розміщенням, обігом та погашенням цінних паперів, обліком прав на цінні папери, зобов'язаннями за цінними паперами, крім боргових цінних паперів, власником яких є фізична особа, що не є підприємцем, та векселів, що використовуються у податкових та митних правовідносинах;» та спори, «що виникають з правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав в юридичній особі, крім правочинів у сімейних та спадкових правовідносинах»

Адже до процитованих вище категорій потрапили і суто комерційні спори, які багато років були арбітрабельними в Україні. Залишення їх в категорії арбітрабельних є дуже важливим для інвестиційної привабливості України.

- **Пункт 7 частини першої та пункт 6 частини другої статті 21, ч.1 ст.23 ПЗ ГПК**

Відповідно до п.7 частини першої та п.6 частини другої ст.21 ПЗ ГПК неарбітрабельними є «спори, що виникають з відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції» та спори, «які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції»

Таке широке обмеження арбітрабельності не є доцільним, оскільки за його відсутності в міжнародному комерційному арбітражі можуть розглядатися комерційні аспекти спору між сторонами в цій сфері, що відповідає світовій практиці та жодним чином не зачіпає публічних інтересів (на захист яких зазвичай спрямовані подібні обмеження арбітрабельності).

Для прикладу, в законі Швеції про арбітраж, прямо вказано, що «арбітри можуть виносити рішення щодо цивільно-правових аспектів законодавства про конкуренцію у відносинах між сторонами».³

Цей же підхід використовують і більшість розвинених юрисдикцій.⁴ Доцільність арбітрабельності спорів у сфері конкуренції підтверджується ефективним застосуванням права ЄС та його країн-членів, що активно підтримують арбітрабельність таких спорів.

- **Комерційні спори у сфері ІР та телекомунікацій -пп.2-3 частини другої статті 21 ПЗ ГПК, ч.1 ст.23 ПЗ ГПК**

УАА підтримує зміну підходу щодо обмежень арбітрабельності спорів у сфері ІР та телекомунікацій порівняно із попередньою редакцією ПЗ ГПК, ч.8 ст.21 якого передбачало, що неарбітрабельними є «спори щодо прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку (знак для товарів і послуг), комерційне найменування та інших прав промислової власності, в тому числі спори щодо реєстрації, обліку таких прав, визнання недійсними актів, що порушують такі права; справи про визнання торговельної марки добре відомою».

Запропоновані поточною редакцією виключення (пп.2-3 частини другої ст.21 ПЗ ГПК) сформульовані значно вужче: «2) справи у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують або на підставі яких виникають такі права, а також актів, які порушують такі права; 3) справи про визнання торговельної марки добре відомою.»

Поточна редакція дозволила залишити арбітрабельними суто комерційні спори у сфері ІР та телекомунікацій (наприклад таких, що стосуються ліцензійних договорів), у врегулюванні яких сторони зазвичай віддають перевагу саме міжнародному комерційному арбітражу, виходячи при цьому з міркувань швидкості, передбачуваності, конфіденційності, а також (враховуючи нещодавній

³ “Arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the parties”
<http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>

⁴ Див. <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>

запуск багатьох арбітражних програм саме для спорів з питань інтелектуальної власності, спорів у сфері ІТ та телекомунікацій) - спеціалізованості. Тим більше, що комерційні аспекти таких спорів жодним чином не зачіпають публічних інтересів (на захист яких зазвичай спрямовані подібні обмеження арбітрабільності).

Водночас, введення такого виключення є недоцільним, адже в силу їх природи вказаних спорів вони є неарбітрабільними і зараз без відповідних законодавчих обмежень. Тож у разі зміни підходів до законодавчої техніки, як описано вище, відпаде необхідність внесення в ГПК таких обмежень щодо арбітрабільності спорів.

- **Пункт 8 частини першої статті 21 ПЗ ГПК, ч.1 ст.23 ПЗ ГПК**

Згідно з п.8 частини першої ст.21 ПЗ ГПК неарбітрабільними є *«справи про банкрутство та справи у спорах з майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, у тому числі справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником; стягнення заробітної плати; поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника, за винятком спорів про визначення та сплату (стягнення) грошових зобов'язань (податкового боргу), визначених відповідно до Податкового кодексу України, а також спорів про визнання недійсними правочинів за позовом контролюючого органу на виконання його повноважень, визначених Податковим кодексом України».*

Відповідно до найкращих світових практик, в даній категорії справ ефективніше проводити розмежування: питання стосовно визначення суми є арбітрабільними, а питання щодо її стягнення – ні.

- **Пункти 9-13- частини першої статті 21 ПЗ ГПК, ч.1 ст.23 ПЗ ГПК**

Ми повністю підтримуємо підхід щодо неарбітрабільності спорів, описаних у зазначених положеннях. Але вони є неарбітрабільними і зараз без відповідних законодавчих обмежень в силу їх природи. Тож у разі зміни підходів до законодавчої техніки, як описано вище, відпаде необхідність внесення в ГПК таких обмежень щодо арбітрабільності спорів.

КОМЕНТАРІ ДО ЧАСТИНИ ДРУГОЇ СТАТТІ 23 ПЗ ГПК, ЧАСТИНИ ДРУГОЇ СТАТТІ 22 ПЗ ЦПК

Безперечно, ч.2 ст.23 ПЗ ГПК/ч.2 ст.22 ПЗ ЦПК закріплюють прогресивне та про-арбітражне загальне правило: *«Будь-які неточності в тексті угоди про передачу спору на вирішення до третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу та (або) сумніви щодо її дійсності, чинності та виконаності повинні тлумачитись судом на користь її дійсності, чинності та виконаності».*

Це правило могло б дозволити суттєво покращити судову практику з цих питань та зробити Україну більш дружньою до арбітражу юрисдикцією, що в цілому позитивно відобразиться на її інвестиційній привабливості, якби не виключення/уточнення, зроблене в останньому реченні цієї норми, яке повністю нівелює загальне правило: *«якщо суд прийде до висновку про те, що під час її укладення сторони мали очевидні наміри передати вирішення спору на вирішення відповідного третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу (за відповідними правилами третейської (арбітражної) процедури).»*

Крім того, це виключення прямо суперечить положенням Закону про МКА та міжнародним зобов'язанням України за Нью-Йоркською Конвенцією «Про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень» 1958 та Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року.

Як ст.8 Закону про МКА, так і ст.ІІ Нью-Йоркської Конвенції встановлюють загальне правило, якому мають слідувати державні суди у питаннях дійсності, чинності та виконаності арбітражної угоди, і це правило вочевидь не містить таких «уточнень», які пропонуються другим реченням ч.2 ст.23 ПЗ ГПК/ч.2ст.22 ПЗ ЦПК. Навпаки, за кращими міжнародними стандартами застосування вказаних норм,

державні суди здійснюють лише *prima facie* розгляд цих питань, що в принципі виключає глибоке дослідження намірів сторін, яке пропонується проектами кодексів.

Враховуючи вказане, пропонуємо друге речення ч.2 ст.23 ПЗ ГПК/ч.2 ст.22 ПЗ ЦПК виключити, або ж викласти в редакції, що звужує обсяг виключення/уточнення та відповідний судовий розгляд цього питання:

«Будь-які неточності в тексті угоди про передачу спору на вирішення до третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу та (або) сумніви щодо її дійсності, чинності та виконуваності повинні тлумачитись судом на користь її дійсності, чинності та виконуваності, якщо суд прийде до висновку ~~про те~~, що під час її укладення сторони мали очевидні наміри передати вирішення спір на вирішення відповідного третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу (за відповідними правилами третейської (арбітраженої) процедури).»

КОМЕНТАРІ ЩОДО СКАСУВАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ТА РІШЕНЬ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ

КОМЕНТАРІ ЩОДО НЕДОПУСТИМОСТІ ВЖИВАННЯ ТЕРМІНУ «ОСКАРЖЕННЯ» ПО ВІДНОШЕННЮ ДО РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ТА РІШЕНЬ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ

ПЗ ГПК та ПЗ ЦПК в багатьох статтях та навіть розділах оперують терміном «оскарження» щодо рішень міжнародного комерційного арбітражу та рішень третейських судів.

Таке використання суперечить положенням статті 34 Закону про МКА, в якій вживається термін «оспорювання», що суттєво відрізняється від терміну «оскарження». Типовий закон ЮНСІТРАЛ, на основі якого розроблено Закон про МКА, у ст.34 на всіх офіційних мовах ООН підкреслено вживає особливий термін для позначення єдиної процедури для скасування арбітражних рішень (в т.ч. «оспаривание» (російською), «setting aside» (англійською)), яка є відмінною від традиційного перегляду судових рішень в процесі їх оскарження. Таке підкреслене вживання особливого терміну покликано відокремити цю процедуру за змістом та суттю від традиційного оскарження судових рішень, адже оспорювання арбітражних рішень не допускає їх перегляд по суті.

Саме цей особливий спеціальний термін вживається і в міжнародних конвенціях з питань арбітражу.

Враховуючи наведене, пропонуємо усунути термінологічні розбіжності між (1) ПЗ ГПК, ПЗ ЦПК та (2) Законом про МКА та міжнародними конвенціями, стороною яких є Україна, та системно вживати термін «оспорювання» в контексті процедури скасування рішень міжнародного комерційного арбітражу та рішень третейських судів.

КОМЕНТАРІ ЩОДО ПРАВА НА ОСПОРЮВАННЯ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ТА РІШЕНЬ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДІВ ТА ПІДСТАВ ЇХ СКАСУВАННЯ

Поточна редакція проектів процесуальних кодексів окремо регулює процедуру для скасування рішення третейського суду та для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу.

З точки зору законодавчої техніки дублювання у процесуальних кодексах підстав для скасування арбітражних рішень, передбачених Законом про МКА та Законом України «Про третейські суди», є недосконалим, адже у разі внесення будь-яких змін в проект протягом його розгляду в ВРУ це призведе до конфлікту положень кодексів та спеціальних законів, що негативно відобразиться на правозастосовчій практиці.

Крім того, положення процесуальних кодексів щодо права на оспорювання таких рішень (зокрема, ч.1 ст.455 ПЗ ЦПК) не враховують специфіку міжнародного комерційного арбітражу, та суперечать міжнародним зобов'язанням України за Нью-Йоркською конвенцією та положенням статей 34 – 36 Закону про МКА, відповідно до яких звернутися до суду з клопотанням про оспорювання арбітражного рішення або з проханням про його визнання та надання дозволу на виконання може лише сторона арбітражного провадження. Таким чином, пропонуємо виключити з проектів кодексів положення, що надають таке право третім особам, які не брали участь у справі.

Що ж до ПЗ ЦПК, ми з радістю відмічаємо, що проект запроваджує, серед іншого, нові положення щодо сприяння українськими судами міжнародному комерційному арбітражу, що на разі фактично нерегульоване в українському законодавстві.

Це питання вже тривалий час є предметом спільної роботи Української Арбітражної Асоціації та Українського національного комітету ІСС. В результаті цієї роботи було розроблено пропозиції щодо удосконалення українського процесуального законодавства у питаннях судового сприяння міжнародному комерційному арбітражу (у формі відповідного проекту Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо питань судового сприяння міжнародному комерційному арбітражу)”, який опубліковано на сайті УАА). Крім того, майже рік тому у Верховній Раді України зареєстровано законопроект №4351, який також регулює вказані питання.

Виходячи з загальної схожості підходів до сприяння міжнародному комерційному арбітражу у вказаних проектах, ми вважаємо доцільним узгодити запропоновані зміни задля якнайшвидшого найефективнішого їх запровадження. Детальніше викладаємо наші пропозиції щодо запровадження функції сприяння міжнародному комерційному арбітражу в рамках проекту змін до Цивільного процесуального кодексу України (“ЦПК”).

ЗАГАЛЬНІ КОМЕНТАРІ

Проведення у справах про сприяння міжнародному комерційному арбітражу має суттєві відмінності від розгляду заяв про вжиття заходів забезпечення позову та забезпечення доказів, які розглядаються в рамках позовного провадження (що в першу чергу пов’язане з відсутністю позовного провадження у відповідних українських судах при розгляді таких справ). З огляду на це ми вважаємо доцільним виділити провадження щодо сприяння міжнародному комерційному арбітражу в окрему категорію справ, які включатимуть провадження щодо (і) заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу, та (ii) сприяння суду в отриманні доказів на підтримку міжнародного комерційного арбітражу. В рамках існуючого проекту ЦПК відповідні положення можна викласти в Розділі VIII-1.

Такий послідовний виклад, разом із передбаченою нами деталізацію формальних вимог, має (і) забезпечити зручність у користуванні як суддями, так і сторонами арбітражного провадження, (ii) зменшити можливості для зловживань недобросовісними сторонами.

При цьому, щоб забезпечити одноманітність практики щодо вжиття заходів забезпечення, ми пропонуємо прямо передбачити, що *«При вирішенні питання про вжиття заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу суд виходить з тих самих засад та міркувань, з яких би він виходив, якби відповідне питання підлягало вирішенню у зв’язку із забезпеченням позову у цивільній справі»*.

СУД КОМПЕТЕНТНИЙ РОЗГЛЯДАТИ СПРАВИ ЩОДО СПРИЯННЯ МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖУ

Ми повністю підтримуємо запропонований підхід, що судом першої інстанції у справах, пов’язаних із міжнародним комерційним арбітражем має бути апеляційний суд, і що на даний момент найбільш кваліфікованим для цього є Апеляційний суд м. Києва. На нашу думку, цей підхід також необхідно поширити і на справи щодо сприяння міжнародному комерційному арбітражу (як сприяння в отриманні доказів, так і заходи забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу).

Це дозволить акумулювати розгляд усіх пов’язаних із міжнародним комерційним арбітражем питань в одному суді, забезпечити найбільш професійний розгляд відповідних доволі складних питань та одночасно усуне деякі юрисдикційні питання, які виникли у правозастосовній практиці протягом останніх років (наприклад питання щодо «місцезнаходження» корпоративних прав та інших майнових прав як підстави для компетенції відповідного суду). При цьому також доцільно вказати, що цей же суд розглядатиме питання про відшкодування збитків, завданих заходами забезпечення

ВИНЯТКИ ЩОДО ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ, ЯКІ НЕ МОЖУТЬ ВЖИВАТИСЯ В РАМКАХ КОРПОРАТИВНИХ СПОРІВ

В контексті вищевикладеної позиції УАА щодо необхідності усунення обмежень щодо арбітрабельності корпоративних спорів пропонуємо також взяти до уваги таке. З метою запобігання можливим зловживанням (а як правило, найбільші зловживання щодо корпоративних спорів мали місце саме через застосування заходів забезпечення), вважаємо доцільним викласти спеціальні обмеження щодо заходів забезпечення позову, які не можуть вживатися судом на підтримку міжнародного комерційного арбітражу у справах, що виникають з корпоративних відносин (аналогічний перелік вже закріплений як у поточній, так і у запропонованій новій редакції Господарського процесуального кодексу).

ПІДТВЕРДЖЕННЯ ПОЧАТКУ АРБІТРАЖНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Ми погоджуємося з концептуальним підходом щодо того, що заходи забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу повинні бути доступні лише після ініціювання арбітражного розгляду.

У той же час, згідно із запропонованим проектом змін до ЦПК, підтвердженням ініціювання арбітражного провадження є *“копія позовної заяви, поданої до міжнародного комерційного арбітражу, третейського суду, документ, що підтверджує подання такої позовної заяви згідно з відповідним регламентом (правилами) арбітражу”*.

На нашу думку, це може призвести до деяких різночитань, оскільки не всі арбітражні регламенти передбачають, що арбітражне провадження починається саме з поданням позовної заяви (наприклад, за Регламентом ЛМАС провадження може розпочинатись надходженням запиту на арбітраж), а деякі регламенти взагалі не вимагають подання документу саме з такою назвою. Фактично ж, з моменту початку арбітражного провадження (та відповідно, повідомлення іншої сторони про таке провадження) до подання позовної заяви (або іншого документу по суті спору) може пройти доволі тривалий проміжок часу, протягом якого, позивач не зможе запобігти порушенню своїх прав.

З огляду на це, ми пропонуємо використати таке формулювання: *“докази початку арбітражного провадження у відповідності до положень арбітражної угоди (включаючи арбітражні правила (регламент)), а за їх відсутності – відповідно до положень законодавства місця арбітражу”*.

ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ НА ПІДТРИМКУ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ

Проект змін до ЦПК передбачає, що заяви про заходи забезпечення будуть розглядатися із викликом сторін лише у виключних випадках, коли суд вважатиме це необхідним. В той же час, з огляду на міжнародні стандарти належного процесу, розгляд заяв про забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу має, за загальним правилом, проводитися за участю сторін арбітражного провадження і лише у виключних випадках термінової необхідності або ризику недобросовісних дій з боку відповідача, – без такого виклику. Тому у нашому проекті ми пропонуємо покласти на заявників тягар доведення необхідності розгляду заяв без виклику сторін.

Такий підхід допоможе уникнути зловживань, та в той же час залишить певну гнучкість на випадок, коли виклик сторін дійсно позбавить заходи забезпечення їх мети.

ЗУСТРІЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Вітаючи запровадження зустрічного забезпечення у Вашому проекті, ми вважаємо, що варто передбачити деякі особливості цього інституту в провадженнях з підтримки міжнародного арбітражу.

Так, для уникнення зловживань сторонами арбітражного провадження, ми пропонуємо закріпити обов'язковість зустрічного забезпечення для отримання заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного арбітражу. Виходячи з обов'язковості зустрічного забезпечення, ми пропонуємо дещо змінити процедуру винесення ухвали про забезпечення позову на підтримку міжнародного арбітражу.

Зокрема, після отримання заяви про вжиття заходів забезпечення, суд виноситиме ухвалу про зустрічне забезпечення, в якій визначатиме заплановані заходи забезпечення та вимоги до зустрічного забезпечення. Тільки після внесення такого зустрічного забезпечення суд без виклику сторін виноситиме ухвалу про заходи забезпечення, визначені до цього в ухвалі про зустрічне забезпечення.

Окрім цього, в рамках загального інституту зустрічного забезпечення, ми пропонуємо передбачити можливість виплати такого забезпечення третьою особою та встановлення ліміту на максимальний розмір забезпечення у 20% від позовних вимог.

СПЕЦІАЛЬНІ ПІДСТАВИ ДЛЯ СКАСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ

Окрім цього, через специфіку заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу, доцільно передбачити спеціальні підстави їх скасування, пов'язані із перебігом арбітражного провадження. Зокрема, з метою запобігання можливим зловживанням ми пропонуємо такі спеціальні підстави для скасування заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу:

- 1) заявник після початку арбітражного провадження не подав позовну заяву (або інший аналогічний документ відповідно до арбітражної угоди) у міжнародний комерційний арбітраж у строки, встановлені складом міжнародного комерційного арбітражу, або іншим чином відповідно до процедури, передбаченої арбітражною угодою, але в будь-якому випадку не пізніше шести місяців з моменту початку арбітражного провадження;
- 2) заявник не бере подальшої участі в арбітражному провадженні відповідно до процедури, встановленої складом міжнародного комерційного арбітражу або передбаченої арбітражною угодою, зокрема, не сплачує арбітражний збір, не вживає заходів для формування складу арбітражного суду, не здійснює інших дій, без яких продовження арбітражного розгляду є неможливим;
- 3) арбітражне провадження призупиняється за заявою заявника без згоди особи, проти якої запитується вжиття заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу;
- 4) міжнародний комерційний арбітраж відмовив у задоволенні позовних вимог, щодо яких було вжито забезпечення позову, або провадження щодо таких вимог було припинено з інших підстав;
- 5) існують докази того, що заявник повідомив суду неправдиві відомості або не повідомив суду відомості, які мали суттєве значення для вжиття судом заходів забезпечення позову;
- 6) вжиття заходів забезпечення позову порушує права та охоронювані інтереси третіх осіб;
- 7) заявник не звернувся до суду з клопотанням про визнання та виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, яким задоволено його позовні вимоги, протягом трьох місяців, рахуючи з дня, коли сторонам направлено рішення міжнародного комерційного арбітражу відповідно до арбітражної угоди.

СПЕЦІАЛЬНІ ПІДСТАВИ ДЛЯ СКАСУВАННЯ ЗУСТРІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

З цих же підстав вважаємо за необхідне визначити такі спеціальні підстави для скасування зустрічного забезпечення:

- 1) позов про відшкодування збитків не подано протягом двох місяців після скасування заходів забезпечення позову на підтримку міжнародного комерційного арбітражу (крім випадків укладення мирової угоди);
- 2) міжнародний комерційний арбітраж виніс рішення про задоволення позовних вимог;
- 3) сторони уклали мирову угоду в арбітражному провадженні.

СПРИЯННЯ В ОТРИМАННІ ДОКАЗІВ

У проєкті змін до ЦПК запропоновано зміни до Глави 3 Розділу III ЦПК щодо порядку забезпечення доказів, що дозволять сторонам арбітражного провадження звертатися до українських судів задля забезпечення доказів без отримання на це дозволу складу арбітражу або письмової згоди іншої сторони.

На нашу думку, в разі запровадження такого підходу, українським судам може бути важко швидко оцінити реальну необхідність забезпечення доказів в рамках одного засідання, адже це вимагатиме повного розуміння арбітражного провадження. Окрім цього, таке положення не відповідає статті 27 Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж”, яка вимагає отримання згоди складу арбітражу на сприяння суду в отриманні доказів (*“Третейський суд або сторона за згодою третейського суду можуть звернутися до компетентного суду цієї держави з проханням про сприяння в отриманні доказів”*).

Законодавство про-арбітражних юрисдикцій (наприклад, секція 44 Арбітражного Акту Сполученого Королівства) також вимагає від сторін арбітражного провадження отримати згоду складу арбітражу перед зверненням до суду задля отримання доказів (окрім випадків термінової необхідності, в яких склад арбітражу не може діяти ефективно).

Через це ми пропонуємо врегулювати отримання доказів не через пряме звернення сторін арбітражу за забезпеченням доказів, а через встановлення для випадків сприяння міжнародному комерційному арбітражу спрощеної процедури судових доручень, передбаченої у статті 417 ЦПК. Так, на відміну від загального правила, встановленого в статті 417 для доручень іноземних судів, ми пропонуємо надати складу арбітражу можливість напряму направляти (уповноважувати сторін арбітражного провадження подавати) запити на отримання доказів до українського суду (замість застосування конвенційних процедур передачі запитів офіційними каналами). Для уникнення затримок у виконанні таких запитів, деталізовано вимоги до їх змісту, форми та необхідних додатків, встановлені чіткі часові межі для їх виконання. Для реалізації повноважень складу арбітражу з направлення подібних запитів до українського суду передбачено надання складу арбітражу процесуального статусу сторони у провадженнях зі сприяння в отриманні доказів.

Більше інформації про напрацювання нашого проєкту можна знайти за посиланням <http://arbitration.kiev.ua/uk-UA/Novyny-UAA/Rozrobleno-proekt-zmin-do-zakonodavchyh-aktiv-Ukrainy-shhodo-sudovoi-pidtrymky-arbitrazhu.aspx?ID=483>. Ми сподіваємось, що у співпраці ми зможемо забезпечити щонайшвидшу імплементацію заходів сприяння міжнародного арбітражу, що наблизить Україну до статусу про-арбітражної юрисдикції.

Ми готові до проведення детальнішого обговорення наших пропозицій та їх узгодження із Вашим проєктом у разі зацікавленості в цьому Раді судової реформи.

З повагою,

Українська Арбітражна Асоціація