



15 квітня 2021 року

Голові підкомітету з питань виконання рішень
ЄСПЛ та альтернативного розв'язання спорів
Комітету ВРУ з питань правової політики
Бабію Р.В.

Коментарі до законопроекту №3411 щодо Третейської палати

Шановний Романе Вячеславовичу!

Громадська організація «Українська Арбітражна Асоціація»¹ («УАА») висловлює свою повагу та звертається до Вас з приводу такого.

09 квітня 2021 року відбулося засідання підкомітету з питань виконання рішень ЄСПЛ та альтернативного розв'язання спорів Комітету ВРУ з питань правової політики, на якому обговорювалися пропозиції та поправки, внесені до Законопроекту №3411 (до другого читання).

Цілий блок питань у ході обговорення стосувався Третейської палати України, адже деякі пропозиції та поправки спрямовані на зміну/уточнення її статусу, фінансування, функцій тощо.

У зв'язку з цим було запропоновано підготувати більш розгорнуті коментарі з цього питання.

Оскільки це питання є комплексним, його необхідно розглядати в контексті (1) проблем статусу Третейської палати України згідно з діючою редакцією ЗУ про ТС, Законом №3411 та законодавством України про самоврядування та саморегулювання господарської та професійної діяльності (2) міжнародної практики (в тому числі практики держав з розвинених арбітражних (третейських) юрисдикцій), (3) можливих наслідків прийняття деяких із запропонованих змін, що безпосередньо стосуються Третейської палати України.

(1) Проблеми статусу Третейської палати України згідно з діючою редакцією ЗУ про ТС, Законом №3411 та законодавством України про самоврядування та саморегулювання господарської та професійної діяльності

У діючій редакції ЗУ про ТС Третейська палата згадується у статтях 2, 58, 59.

¹ Громадська організація «Українська Арбітражна Асоціація» (Зареєстрована Головним управлінням юстиції в м. Києві, за Наказом від 03.09.12, свідоцтво №0124-2012 ГО, 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 Позачерговими Загальними зборами УАА Протоколом № 4 від 20 грудня 2016 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 (<https://bit.ly/3uVKyro>)

Відповідно до абзацу 12 частини 1 статті 2 ЗУ про ТС «Третейська палата України - постійно діючий орган самоврядування третейських суддів».

При цьому відповідно до цієї ж статті «третейський суддя - фізична особа, призначена чи обрана сторонами у погодженому сторонами порядку або призначена чи обрана відповідно до цього Закону для вирішення спорів у третейському суді».

Відповідно до статей 58-59 ЗУ про ТС:

«ТРЕТЕЙСЬКЕ САМОВРЯДУВАННЯ

Стаття 58. Самоврядування третейських суддів

Для представництва та захисту інтересів третейських суддів постійно діючих третейських судів утворюються органи третейського самоврядування.

Вищим органом третейського самоврядування є Всеукраїнський з'їзд третейських суддів.

Всеукраїнський з'їзд третейських суддів обирає Третейську палату України.

Третейська палата України є постійно діючим органом третейського самоврядування, який представляє та захищає соціальні і професійні права та інтереси третейських суддів і третейських судів, здійснює методичну та видавничу роботу, аналізує практику правозастосування третейських судів і здійснює інші повноваження, визначені вищим органом третейського самоврядування.

Третейську палату України очолює Голова Третейської палати України, який обирається вищим органом самоврядування третейських суддів терміном на три роки.

Інші повноваження та компетенція Третейської палати України, умови матеріально-технічного, інформаційного забезпечення її діяльності визначаються Положенням про Третейську палату України, що затверджується Всеукраїнським з'їздом третейських суддів.

Стаття 59. Повноваження Голови Третейської палати України

Голова Третейської палати України:

представляє Третейську палату України у взаємовідносинах з органами державної влади та органами місцевого самоврядування, юридичними та фізичними особами;

організовує діяльність Третейської палати України та Всеукраїнського з'їзду третейських суддів;

має право бути третейським суддею у вирішенні спорів третейським судом;

здійснює інші повноваження, передбачені цим Законом та Положенням про Третейську палату України.»

Проблемою вказаних норм чинного ЗУ про ТС, яку не виправив Законопроект № 3411, є те, що в них визначені органи третейського самоврядування («Всеукраїнський з'їзд третейських суддів» та «Третейська палата України»), але не визначена організація третейського самоврядування, органами якої повинні бути «Всеукраїнський з'їзд третейських суддів» та «Третейська палата України».

За загальним правилом органи не можуть існувати за відсутності відповідної юридичної особи. Будь яка юридична особа діє через свої органи (ч.1 ст.92 ЦКУ).

За визначенням ст.80 ЦКУ, ст.81 ЦКУ юридична особою є організація, яка створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. Проте ані чинний ЗУ про ТС ані Законопроект №3411 не регулює створення організації третейського самоврядування шляхом об'єднання третейських суддів, не визначає права та обов'язки членів організації третейського самоврядування.

З огляду на вказані прогалини ЗУ про ТС за 17 років дії цього закону Третейська палата України не була зареєстрована та юридично не може існувати, оскільки орган самоврядування не підлягає реєстрації окремо від організації самоврядування, якої за чинним ЗУ про ТС не існує.

Законопроект №3411 жодним чином не вирішує цю ситуацію, і, навпаки, її ускладнює.

Так, у ст.59 Законопроекту №3411 Третейська палата одночасно є «саморегульованим, постійно діючим орган третейського самоврядування» (ч.1 ст.59 Законопроекту №3411) та «юридичною особою» (ч.3 ст.59 Законопроекту №3411). Тобто у Законопроекті №3411 Третейська палата України як юридична особа ототожнюється з органом, хоча за ч.1 ст.92 ЦКУ юридична особа діє через свої органи, а не ототожнюється з юридичною особою. При цьому у Законопроекті №3411, як і у чинному ЗУ про ТС, не визначена організація третейського самоврядування, яка об'єднує третейських суддів, не визначені права та обов'язки членів організації третейського самоврядування.

З наведених причин не може бути і виконаний припис п.6 Прикінцевих та перехідних положень Законопроекту №3411, який зобов'язує юридично неіснуючу (не зареєстровану) Третейську палату України (як орган без організації), зареєструватись як юридична особа, скликати з'їзд та підготувати положення про себе та інші документи для затвердження на з'їзді.

Для того, щоб з'ясувати, як подібні ситуації вирішуються в законодавстві України, достатньо проаналізувати інші приклади створення та функціонування «палат» в контексті самоврядування або саморегулювання певних видів господарської чи професійної діяльності, а також проект профільного закону [№4221](#) «Про саморегулювання господарської та професійної діяльності».

Існуючими прикладами «палат» є [Аудиторська палата](#)² та [Нотаріальна палата](#)³, які є юридичними особами (а не органами), які здійснюють професійне самоврядування аудиторської діяльності та діяльності у сфері нотаріату відповідно. Ці палати об'єднують їх членів (осіб, що мають статус аудиторів/нотаріусів), які сплачують членські внески. Одним із органів кожної з цих палат є з'їзд аудиторів/нотаріусів.

Із інших відносно недавніх прикладів регулювання можна назвати Кодекс України з процедури банкрутства, який передбачає створення єдиної саморегульованої організації арбітражних керуючих,⁴ яка є некомерційною професійною організацією, що об'єднує всіх

² Відповідно до ст. 47 Закону [«Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність»](#):

«1. Аудиторська палата України є юридичною особою, яка здійснює професійне самоврядування аудиторської діяльності та не має на меті отримання прибутку, та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань аудиторського самоврядування.

2. Членами Аудиторської палати України є включені до Реєстру аудитори і аудиторські фірми.

3. Діяльність Аудиторської палати України провадиться відповідно до законодавства та [Статуту Аудиторської палати України](#). Статут Аудиторської палати України затверджується з'їздом аудиторів України відповідно до вимог цього Закону.

4. Повноваження Аудиторської палати України визначаються цим Законом.»

³ Відповідно до чч.2-3 ст.16 [Закону «Про нотаріат»](#):

«Професійне самоврядування нотаріусів здійснюється через Нотаріальну палату України та її органи. Нотаріальна палата України є організацією, яка здійснює професійне самоврядування у сфері нотаріату.

Нотаріальна палата України є неприбутковою юридичною особою, має свою печатку. Діяльність Нотаріальної палати України здійснюється відповідно до законодавства та її статуту. Повноваження Нотаріальної палати України визначаються цим Законом та її статутом...

Членами Нотаріальної палати України можуть бути особи, які отримали свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю»

⁴ Відповідно до чч.2-3 ст.32 [Кодексу України з процедури банкрутства](#):

арбітражних керуючих та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань самоврядування арбітражних керуючих. Арбітражні керуючі мають сплачувати членські внески СРО. Одним із органів СРО є з'їзд арбітражних керуючих.

Зараз у ВРУ зареєстрований законопроект № 4221 від 15.10.2020 р. «Про саморегулювання господарської та професійної діяльності», у ст.4 якого передбачено, що саморегулівна організація (СРО) є організацією осіб певної професії, які мають певні права та обов'язки членів СРО⁵. СРО є юридичною особою. Членство у саморегулівній організації може бути встановлено законом, якщо таким законом на СРО покладаються повноваження з контролю та/або регулювання відповідної професійної діяльності.

З наведених прикладів очевидно, що спільними ознаками організації та функціонування вказаних організацій є наступне: (1) вони є юридичними особами, (2) вони є організаціями самоврядування/ саморегулівними організаціями, (3) вони об'єднують всіх представників відповідної професії, які отримали відповідний статус згідно з профільним законом, та включені у відповідний реєстр, та є членами відповідної організації (4) члени таких організацій сплачують членські внески, (5) члени таких організацій можуть брати участь у з'їздах членів, які є органами відповідної організації.

Очевидно, що Третейська палата не має та не може мати жодної з цих ознак.

Третейська палата не є (1) юридичною особою чи (2) організацією самоврядування/ саморегулівною організацією, і вона нею і не може нею стати у зв'язку із (3) відсутністю відповідної професії третейського судді та пов'язаною з цим неможливістю організації постійного членства в організації осіб, які відповідають необхідним критеріям членства тільки обмежений проміжок часу (4)-(5).

В Україні не існує нормативно визнаної професії третейського судді. Відповідно до національного класифікатора професій України ДК 003:2010 є лише професії суддів державних судів (коди КП 1120.4, 1229.2), судді (2422), судді з виду спорту (3475), судді з випробування племінних коней (3475, 1229.6). Як сказано в Рішенні Конституційного Суду України від 10.01.2008 року №1-рп/2008: «...третейські судді не наділені статусом професійних суддів».

Відповідно до вказаного вище визначення та інших положень законодавства України «третейський суддя» – це тимчасова функція, яку виконує відповідна фізична особа протягом обмеженого часового проміжку – як правило, на період третейського розгляду.

«2. Саморегулівна організація арбітражних керуючих є некомерційною професійною організацією, що об'єднує всіх арбітражних керуючих та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань самоврядування арбітражних керуючих.

Саморегулівна організація арбітражних керуючих є юридичною особою та діє через організаційні форми самоврядування арбітражних керуючих, передбачені цим Кодексом.

3. Саморегулівна організація арбітражних керуючих утворюється з'їздом арбітражних керуючих України та не може бути реорганізована. Саморегулівна організація арбітражних керуючих може бути ліквідована лише на підставі закону.

Статут саморегулівної організації арбітражних керуючих затверджується з'їздом арбітражних керуючих України та є її установчим документом.»

⁵ Відповідно до чч.1-2 ст.4 Проекту закону «Про саморегулювання господарської та професійної діяльності»:

«Стаття 4. Статус саморегулівної організації

1. Саморегулівна організація є недержавною неприбутковою організацією, що об'єднує суб'єктів господарювання та/або суб'єктів професійної діяльності для саморегулювання у межах здійснюваної ними господарської або професійної діяльності, яка відповідно до цього Закону набула такого статусу.

2. Саморегулівна організація є юридичною особою, має самостійний баланс, укладає договори, може мати бланк із своїм найменуванням, відкривати рахунки в банках.»

Третейський суддя не займає посади у третейському суді, його повноваження судді у спорі починаються з моменту його обрання або призначення на розгляд конкретної справи (ст.16 чинного ЗУ про ТС) та закінчуються винесенням рішення у справі (ч.2 ст.21 чинного ЗУ про ТС), якщо повноваження третейського судді не були припинені достроково. Факт включення його у список третейських суддів постійно діючого третейського суду не робить її автоматично третейським суддею. Така особа стане третейським суддею тільки тоді, коли вона буде призначена чи обрана для вирішення спорів у третейському суді. Адже в іншому випадку ми мали б ситуацію, коли третейськими суддями вважалися б особи, які не розглянули жодної справи у третейському суді і які, можливо, навіть не знають, як це робити.

Третейський суддя не отримує регулярної оплати за свою діяльність, оплата його участі у розгляді справи залежить від обрання або призначення його на розгляд тієї чи іншої справи та обмежується сумами, що сплачують сторони в якості третейського збору за розгляд спору.

Важливо також, що за своєю природою це не є статусом, який особа, що хоч раз виконувала функції третейського судді, зберігає після закінчення розгляду справи на невизначений період часу. Для виконання цих функцій також не потрібно здавати екзамени чи виконувати інші формальності – достатньо, щоб цю особу призначила сторона або третейський суд у відповідності до застосовного регламенту або положень ЗУ про ТС. При цьому, така особа може бути адвокатом, викладачем, внутрішнім юристом компанії тощо.

Іншими словами, не існує та не може існувати сталої професійної спільноти третейських суддів. Важливо також, що технічно не можливо ідентифікувати всіх осіб в Україні, які на певний момент часу відповідно до закону є третейськими суддями (тобто виконують функції третейського суді у третейських справах). Адже в Україні зареєстровано понад 500 постійно діючих третейських судів, а крім того, закон дозволяє створення третейських судів ad hoc (для розгляду конкретної справи). Скільки в них є справ і які третейські судді їх розглядають – не відомо. Жодного реєстру третейських суддів в Україні немає (і знов-таки, зважаючи на тимчасовий характер їх функцій, такого реєстру не може бути). Жодних членських внесків третейські судді не сплачують (що цілком логічно, адже їх гонорари за розгляд третейських справ не є джерелом постійного доходу). Можливо саме через це, Законопроект №3411 пропонує покласти сплату членських внесків не на третейських суддів, а на засновників третейських судів (хоча вони очевидно не є та не можуть бути членами відповідної організації самоврядування).

Зважаючи на це, не може існувати і нормально функціонувати і так зване «третейське самоврядування».

Зокрема, ЗУ про ТС не містить жодних положень щодо проведення так званого «Всеукраїнського з'їзду третейських суддів». Не зрозуміло, хто його організовує, хто має брати в ньому участь і як ці особи мають про нього дізнатися, хто і як має перевіряти, чи є відповідні особи третейськими суддями в розумінні ЗУ про ТС на дату проведення з'їзду, і, найголовніше: як визначається кворум для прийняття рішень і який порядок їх прийняття? Іншими словами, ЗУ про ТС не визначає, за якої чисельності делегатів з'їзду (третейських суддів) від загальної кількості всіх третейських суддів з'їзд вважається правочинним приймати рішення.⁶

За відсутністю визначення правочинності з'їзду рішення можуть прийматись в групових інтересах замалою кількістю третейських суддів. Так, у 2016 році на останньому «Всеукраїнському з'їзді третейських суддів», що був скликаний кількома активістами третейського руху (які називали себе «Третейською палатою України»), було

⁶ Для порівняння: ч.6 , ч.8 ст. 48 Закону [«Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність»](#) чітко визначає, що з'їзд аудиторів є правочинним за наявності 20% делегатів від всіх аудиторів.

zareєстровано 36 делегатів (третейських суддів) з 36 третейських судів за наявності за даними Єдиного реєстру громадських формувань близько 5000 осіб, зазначених у списках третейських суддів, у більше ніж 500 третейських судів.

Фактично, існуючий порядок дозволяє декільком особам, які вважають себе третейськими суддями, зібратися і оголосити себе «Всеукраїнським з'їздом третейських суддів», який, як вказано в Законі, має право обирати Третейську палату України.

(2) Міжнародна практика

Складно сказати, чому в 2004 році в ЗУ про ТС з'явилися положення про Третейську палату.

В розвинених арбітражних (третейських) юрисдикціях прикладів подібних утворень немає.

Пояснити це дуже просто, адже третейські судді не є та не можуть бути сталою професійною спільнотою. Більше того, зважаючи на правила конфіденційності, виявити всіх третейських суддів у певній юрисдикції (а тим більше тих, які розглядають справи на певну дату), абсолютно неможливо. Крім того, в цих юрисдикціях дбають не про інтереси лише третейських суддів, а про розвиток арбітражу (третейського розгляду) в цілому, зважаючи на інтереси всіх учасників арбітражного (третейського) розгляду. В цьому є логіка, адже одна й та сама особа може одночасно (1) виконувати функції третейського судді в одному провадженні, (2) бути представником сторони в іншому третейському розгляді, (3) виступати експертом з питань права в третьому третейському розгляді, (4) консультувати клієнтів з питань укладення третейського застереження чи (5) представляти їх інтереси в державному суді з питань примусового виконання рішення третейського суду, і, відповідно, така особа зацікавлена, щоб система добре працювала в цілому, а не тільки щодо третейських суддів. Тому в цих країнах існує арбітражна спільнота, яка охоплює різні категорії осіб, які займаються або просто цікавляться арбітражем. Як правило, така спільнота утворює арбітражну асоціацію (або декілька), в рамках якої реалізуються різні ініціативи в інтересах всієї спільноти та розвитку арбітражу в цілому. Прикладами таких асоціацій є [Швейцарська арбітражна асоціація](#), [Французька арбітражна асоціація](#), [Шведська арбітражна асоціація](#), [Австрійська арбітражна асоціація](#), [Іспанський арбітражний клуб](#) тощо. Важливо, що всі ці асоціації не прописані в арбітражних законах, адже в цих юрисдикціях держава не втручається в арбітраж та не нав'язує незрозумілі моделі самоврядування невизначеного кола осіб, які виконують функції третейських суддів.

(3) Можливі наслідки прийняття деяких із запропонованих змін, що безпосередньо стосуються Третейської палати України

За 17 років дії ЗУ про ТС питання, описані у розділі (1) вище так і не було врегульовано, але зважаючи на незрозумілий функціонал Третейської палати (адже у третейських суддів немає ані соціальних, ані професійних прав, які б у них виникали в силу факту розгляду справи), така неврегульованість не створювала жодних проблем.

Однак Законопроект №3411 пропонує наділити Третейську палату важливими повноваженнями контролю щодо третейських судів, не пропонуючи при цьому заповнити існуючі прогалини та не враховуючи неможливість організувати задеклароване третейське самоврядування в принципі. Наявні в законі механізми відкривають широке поле для зловживань. А можливість паралельного створення кількох Третейських палат може породити багато проблем та правової невизначеності для розвитку третейського розгляду в Україні, що очевидно не дозволить досягти задекларовану мету законопроекту.

Нажаль, жодна з пропозицій та поправок до Законопроекту №3411 не вирішує вказані вище проблеми. Навпаки, вони їх ускладнюють ще більше.

Висновок: Враховуючи вищенаведене, якщо Україна хоче розвивати третейський розгляд, орієнтуючись на розвинені арбітражні юрисдикції, то необхідно видалити з ЗУ про ТС всі положення про Третейську палату (а саме абзац 12 частини 1 статті 2, статті 58 та 59) та положення про самоврядування (п.9 ч.1 ст.4, частина абз.2 ст.10).

Альтернативно, можна змінити регулювання, зазначивши, яке смислове навантаження буде мати термін «самоврядування» для цілей цього закону, але звужити його застосування виключно до третейських судів.

В будь-якому разі, навіть залишення чинних положень ЗУ про ТС без змін (хоча вони в цій частині і не працюють) буде мати менший негативний ефект, аніж прийняття змін, запропонованих Законопроектом №3411.

Ми готові до проведення детальнішого обговорення наших пропозицій і сподіваємось, що спільними зусиллями ми зможемо зробити Україну про-арбітражною юрисдикцією.

Ми ще раз хотіли б висловити свою повагу та вдячність за приділену цьому питанню увагу.

Будемо раді надати коментарі на відповіді на будь які питання.



З повагою,

Олена Перепелинська

Президент Української Арбітражної Асоціації