Українська Арбітражна Асоціація

вул. Грушевського, 4-Б, офіс 27 Київ 01001, Україна
www.arbitration.kiev.ua
info@arbitration.kiev.ua

11 травня 2021 року

Голові Комітету Верховної Ради України
з питань правової політики
Костіну А.Є.
k_prav_pol@rada.gov.ua

Коментарі до проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності арбітражів (реєстр.№5347 від 08.04.2021 року)

Шановний Андріє Євгеновичу!

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

08 квітня 2021 року у Верховній Радій України було зареєстровано проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності арбітражів за реєстровим №5347 («**Законопроєкт**» або «**Законопроєкт №5347»**).

Згідно з Пояснювальною запискою необхідність прийняття Законопроєкту обґрунтована потребою вдосконалення законодавства, яке регулює утворення та діяльність постійно діючих арбітражних установ, з метою розвитку альтернативного способу вирішення міжнародних комерційних спорів, зменшення навантаження на державні суди, покращення інвестиційного клімату для великого бізнесу в Україні.

УАА в рамках своєї Робочої групи з удосконалення арбітражного законодавства України проаналізувала запропоновані Законопроєктом зміни та можливі наслідки їх прийняття. Крім того, разом з Комітетом з питань альтернативного врегулювання спорів, що діє у складі Національної Асоціації Адвокатів України, 30 квітня 2021 року було проведено круглий стіл на тему «Законопроєкт №5347: чого очікувати арбітражній спільноті?», в якому взяли участь, серед іншого, представники судової влади, арбітражної спільноти та МКАС при ТПП України (запис заходу доступний на YouTube каналі УАА).

За наслідками обговорення УАА дійшла висновку, що **Законопроєкт №5347, у випадку його прийняття, матиме суттєвий негативний вплив на привабливість України як місця арбітражу та на розвиток арбітражу в Україні в цілому**. Враховуючи це, а також те, що серед статутних цілей УАА є сприяння створенню позитивного іміджу України як місця арбітражу для вирішення комерційних спорів, вдосконалення та популяризація арбітражу в Україні, **УАА не рекомендує приймати Законопроєкт №5347 в цілому**.

[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)

Нижче наводимо більш детальний аналіз щодо кожного з напрямків змін, запропонованих Законопроєктом №5347: (1) передання судам функцій щодо призначення та відводу арбітрів (шляхом внесення змін до ст.ст. 6, 11, 13, 14 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (далі – «**ЗУ про МКА**» або **«Закон про МКА»**) та ст. 461 Цивільного процесуального кодексу України (далі – «**ЦПК України**»)), (2) реєстрація нових арбітражних установ, (3) розширення переліку арбітровних спорів.

1 ЗАПРОПОНОВАНІ ЗМІНИ ДО СТ.СТ. 6, 11, 13, 14 ЗУ ПРО МКА ТА СТ. 461 ЦПК УКРАЇНИ | ПРИЗНАЧЕННЯ, ВІДВІД ТА ПРИПИНЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ АРБІТРІВ

УАА не підтримує запропоновані Законопроєктом зміни до ст.ст. 6, 11, 13, 14 ЗУ про МКА та ст. 461 ЦПК України, і вважає, що такі зміни будуть невиправданими та неефективними в Україні та призведуть до втрати Україною арбітражної та інвестиційної привабливості.

1.1 Запропоновані зміни обмежать автономію волі сторін та розширять втручання державних судів у арбітраж

ЗУ про МКА був прийнятий на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж від 21 червня 1985 року (далі – «**Типовий Закон**» або **«Типовий Закон ЮНСІТРАЛ»**).[2] Типовий Закон базується на автономії волі сторін, яка є фундаментальним принципом арбітражу і передбачає, що саме сторони вирішують, як та ким розглядатимуться їх спори. Загальновизнано, що арбітражна угода укладається для того, щоб спір розглядався не державним судом, а незалежними арбітрами, які обиратимуться самими сторонами (чи інституцією, яка обиратиметься сторонами). Відповідно, судовий контроль над тим, хто розглядатиме арбітражний спір, нівелює цінність арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів і перетворює його на підконтрольний державним судам механізм.

Так, при обговоренні проєкту Типового Закону в 1985 році більшість учасників робочої групи висловлювалися проти втручання судів у арбітражне провадження,[3] оскільки таке втручання суперечитиме вибору сторін, щоб їх спір розглядався незалежними арбітрами, а не судами, а також призводитиме до зловживань та суттєвих затримок.

Також, учасники робочої групи звертали увагу на те, що: (**а**) якщо сторони погодили інституційну процедуру призначення, відводу та припинення повноважень арбітрів, така процедура підлягає застосуванню без звернення до суду;[4] (**б**) оскільки ст. 34 Типового Закону дозволяє оспорювання арбітражного рішення у зв'язку з тим, що арбітр не був незалежним та неупередженим, додаткове закріплення судового контролю над арбітрами є, очевидно, надмірним;[5] (**в**) межі втручання державних судів в арбітраж суттєво впливають на вибір місця арбітражу.[6]

Для уникнення вказаних труднощів ст. 6 Типового Закону надає державам вибір між судом та іншим органом, компетентним виконувати функції, передбачені ст.ст. 11, 13, 14 Типового

---

[2] Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж від 21 червня 1985 року. Доступ за посиланням: (**i**) російськомовна версія: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_879/ed19850621#Text; (**ii**) англомовна версія: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf.

[3] Короткий звіт 309-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст.ст. 415-417, п.п. 10, 14, 16-17, 19-21, 30-34. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/309meeting-e.pdf. A/CN.9/263 – Аналітичний збірник коментарів Урядів та міжнародних організацій до проєкту тексту Типового Закону, ст.ст. 25-26, п.п. 7-8, 10. Доступ за посиланням (англомовна версія): https://undocs.org/en/a/cn.9/263.

[4] Короткий звіт 313-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст. 433, п. 46. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/313meeting-e.pdf. A/CN.9/263 – Аналітичний збірник коментарів Урядів та міжнародних організацій до проєкту тексту Типового Закону, ст. 25, п.п. 7-8. Доступ за посиланням (англомовна версія): https://undocs.org/en/a/cn.9/263.

[5] Короткий звіт 313-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст. 433, п. 46. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/313meeting-e.pdf.

[6] Короткий звіт 309-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст. 416, п. 21. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/309meeting-e.pdf.

Закону. Можливість обрати такий «інший орган» була запропонована представником СРСР[7] якраз для забезпечення автономії волі сторін[8] і відразу здобула загальне схвалення.[9] Україна вже обрала такий «інший орган» під час прийняття Закону про МКА – Президента Торгово-промислової палати України (далі – «**ТПП України**»).[10]

Більше того, Україна вже тривалий час є учасником Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, яка набула чинності для України з 7 січня 1964 року.[11] Зазначена конвенція також передбачає, що відповідні функції щодо призначення та заміни арбітрів повинні виконуватись головою компетентної торгової палати. Згідно з положеннями конвенції Україна повідомила Генерального Секретаря ООН про те, що в Україні відповідні функції будуть виконуватись ТПП України.[12]

1.2 Запропоновані зміни зменшать привабливість України як місця арбітражу

Нейтральність та неупередженість правової системи відповідної держави обіймає перше місце серед усіх критеріїв, якими керуються споживачі арбітражу при виборі місця арбітражу.[13] Суди є невід'ємною складовою правової системи держави. Відтак, посилення судового втручання у арбітраж при усіх існуючих проблемах судової системи призведе до того, що сторони припинять обирати Україну місцем арбітражу.

1.3 Запропоновані зміни призведуть до значних часових та фінансових витрат учасників арбітражного розгляду

Підготовчі матеріали до Типового Закону вказують, що надання функцій, передбачених ст.ст. 11, 13, 14 Типового Закону, державному суду може призвести до значних зловживань, затримок та витрат.[14] УАА погоджується з цією позицією.

По-перше, які би короткі строки не встановило національне законодавство для виконання державним судом запропонованих Законопроєктом функцій з призначення, відводу та припинення повноважень арбітрів, державний суд не зможе їх дотриматися у зв'язку з: (**а**) відсутністю процедури призначення, відводу та припинення повноважень арбітрів у процесуальному законодавстві; (**б**) відсутністю будь-якої готової бази арбітрів (арбітражні інституції та інші органи, які здійснюються призначення арбітрів, напрацьовують такі бази роками; створити таку базу швидко та якісно просто неможливо); (**в**) високою завантаженістю суддів – наприклад, навіть при наявності чітко прописаної процедури та суттєвого масиву судової практики, заяви про визнання і надання дозволу на виконання, а також про скасування рішень міжнародного комерційного арбітражу, все рівно розглядаються значно довше за встановлені законодавством строки; (**г**) недостатнім

---

[7] A/CN.9/263 – Аналітичний збірник коментарів Урядів та міжнародних організацій до проєкту тексту Типового Закону, ст. 18, п. 9. Доступ за посиланням (англомовна версія): https://undocs.org/en/a/cn.9/263.

[8] Короткий звіт 310-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст. 421, п. 28. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/310meeting-e.pdf.

[9] Короткий звіт 310-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст.ст. 421-422, п.п. 30, 32-45. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/310meeting-e.pdf. Короткий звіт 311-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст. 423, п. 4. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/311meeting-e.pdf.

[10] Законопроєктом пропонується змінити вказаний орган (Президента ТПП України) на державні суди для всіх арбітражів з місцем арбітражу на території України (окрім Міжнародного комерційного арбітражного суду та Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України).

[11] Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 року. Доступ за посиланням (російською мовою): https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_069.

[12] Список торгових палат та інших органів, наданий Генеральному секретарю у відповідності до пункту 6 статті X Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж. Доступ за посиланням: https://icac.org.ua/wp-content/uploads/List-of-the-CCIs_European-Convention_Geneva-1961.pdf. Депозитарна нотифікація Генерального секретаря ООН (C.N. 7.1994. Угода - 1) - Повідомлення України. Доступ за посиланням: https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Depositary-Notification-of-the-Secretary-General-of-the-UN_European-Convention_Geneva-1961-1.pdf.

[13] Дослідження Queen Mary University of London та White & Case LLP "Вдосконалення та інновації у міжнародному арбітражі" (2015), ст. 14. Доступ за посиланням (англійською мовою): http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf.

[14] A/CN.9/263 – Аналітичний збірник коментарів Урядів та міжнародних організацій до проєкту тексту Типового Закону, ст.ст. 25-26, п.п. 8, 10. Доступ за посиланням (англомовна версія): https://undocs.org/en/a/cn.9/263.

досвідом швидкого, ефективного та якісного призначення фізичних осіб (враховуючи проблемні аспекти щодо призначення державними судами арбітражних керуючих, експертів, присяжних); (**д**) особливістю проведення судового розгляду за участю нерезидентів, що призведе до значних часових затримок – наприклад, належне повідомлення іноземних сторін судом згідно з вимогами Гаазької конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах (1965 року) або дипломатичними каналами може затримати розгляд справи більше ніж на 6 місяців.

По-друге, у більшості випадків відвід арбітра судом призводитиме до одного з наступних сценаріїв: (**а**) через тривалість судового розгляду рішення щодо відводу буде винесене після арбітражного рішення – у такому випадку задоволення заяви про відвід матиме негативні наслідки для арбітражного рішення і перекреслюватиме весь арбітражний процес; (**б**) як відзначалося при підготовці Типового Закону, на практиці, склад арбітражу буде схильний не продовжувати арбітражний розгляд поки не вирішиться питання відводу, а розгляд відводу судом буде значно тривалішим за розгляд Президентом ТПП України (а іноді і за сам арбітражний розгляд) – у такому випадку питання відводу, яке зараз розглядається дуже швидко, почне призводити до надмірного затягування арбітражного провадження. У зв'язку з цим, кожен з вищевказаних сценаріїв спричинить суттєві (і абсолютно невиправдані з процесуальної точки зору) часові та фінансові витрати для споживачів арбітражу.

1.4 Запропоновані зміни не забезпечують призначення арбітрів належного рівня, що негативно вплине на якість та виконуваність арбітражних рішень

Арбітраж цінується сторонами за можливість обрати висококваліфікованих фахівців зі спеціалізацією та навиками, що дозволить максимально якісно вирішити конкретний спір. Часто необхідні фахівці можуть бути не адвокатами (і взагалі не юристами) і повинні мати специфічний досвід та навики (наприклад, досвід у дуже вузькій категорії справ та володіння певною іноземною мовою). Для таких призначень необхідна не лише велика база арбітрів (яку необхідно регулярно оновлювати), а і продумані критерії та швидкі, налагоджені процеси їх підбору, контактування з кандидатами з метою перевірки конфлікту інтересів та їх готовності прийняти призначення, які Законопроєктом не передбачені.

1.5 Запропоновані зміни негативно вплинуть на конфіденційність арбітражу

Однією з ключових цінностей арбітражу є його конфіденційність. Закріплення передбачених ст.ст. 11, 13, 14 ЗУ про МКА функцій за судом створить додаткові процесуальні етапи, на яких інформація про спір буде оприлюднена. Зазвичай це вкрай небажано для сторін. Окрім цього, як наголошував представник Міжнародної торгової палати (ICC) при підготовці Типового Закону, у такому випадку в арбітражі будуть менш зацікавлені і самі арбітри, оскільки розумітимуть, що в певній країні їх компетентність та етичність потраплятиме під ризик публічного обговорення у суді через кожен невмотивований відвід.[15] Враховуючи, що арбітр отримує призначення передусім завдяки формуванню та постійному підтриманню своєї репутації, запропоновані зміни можуть створити в Україні додаткові можливості для тиску на арбітрів.

1.6 Пропозиції УАА

При розробці ст. 6 Типового Закону неодноразово озвучувалося, що торгові палати є найвдалішими органами для виконання функцій, передбачених ст.ст. 11, 13, 14 Типового Закону, оскільки такі питання стосуються міжнародних ділових відносин, а торгові палати

[15] A/CN.9/263/Add.1 – Аналітичний збірник коментарів Урядів та міжнародних організацій до проєкту тексту Типового Закону, ст. 10, п. 1. Доступ за посиланням (англомовна версія): https://undocs.org/en/a/cn.9/263/add.1.

мають для цього найкращі можливості.[16] При формуванні свого арбітражного законодавства Україна обрала саме Президента ТПП України як орган, що виконуватиме функції, передбачені ст.ст. 11, 13, 14 Типового Закону та ЗУ про МКА. Аналогічний вибір був зроблений Україною в рамках Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, яка, у випадках її застосування, має переважну силу над положеннями Закону про МКА згідно з ч. 5 ст. 1 Закону про МКА. Саме у ТПП України є досвід, необхідні інформація, ресурси та налагоджені процеси виконання відповідних функцій, покладених на Президента ТПП України чинним Законом про МКА та Європейською конвенцією. З огляду на усе вищенаведене, УАА не бачить жодної причини для заміни Президента ТПП України на державний суд. Відповідно, УАА рекомендує залишити ст.ст. 6, 11, 13, 14 ЗУ про МКА та ст. 461 ЦПК України без змін.

2 РЕЄСТРАЦІЯ НОВИХ АРБІТРАЖНИХ УСТАНОВ

Посилаючись на відсутність законодавчо визначених механізмів утворення та державної реєстрації арбітражних установ у Законі про МКА, розробники Законопроєкту №5347 пропонують врегулювати утворення та державну реєстрацію в Україні постійно діючих арбітражних установ, засновниками яких пропонується визначити неприбуткові організації, що зареєстровані відповідно до законодавства України, або філії та представництва організацій, що зареєстровані відповідно до законодавства іноземної держави, та які є засновниками арбітражних установ за кордоном.

Розробники Законопроєкту №5347 стверджують, що такий крок *«забезпечить збільшення арбітражних інституцій в Україні, що сприятиме підвищенню інвестиційної привабливості України»*. Серед прогнозів результатів цих змін також зазначається *«зменшення навантаження на суди та підвищення якості здійснення правосуддя»* та можливість ширше використовувати арбітраж суб'єктами ЗЕД та іноземними інвесторами.

Однак, як показали результати обговорення Законопроєкту №5347 в Робочій групі УАА та в рамках круглого столу 30 квітня 2021 року, в тому числі, із суддями Верховного Суду, а також як свідчить світовий досвід у подібних питаннях, **жодної кореляції між кількістю арбітражних установ в окремій юрисдикції та її інвестиційною привабливістю не існує**. **І саме лише створення нових арбітражних установ жодним чином не робить арбітраж більш привабливим для бізнесу та інвесторів**.

2.1 Ринок міжнародного арбітражу – це міжнародний ринок, і у бізнесу та інвесторів є безліч варіантів на вибір

Для бізнесу та інвесторів дійсно важливо мати вибір, куди передавати на вирішення свої спори.

Для аналізу можливостей вибору бізнесом тієї чи іншої арбітражної установи для вирішення своїх спорів важливим фактором є те, що ринок відповідних послуг є міжнародним. І цей міжнародний ринок включає два види арбітражу: інституційний (або адміністрований відповідною інституцією/установою згідно з її регламентом) та *ad hoc* (арбітраж «для конкретної справи», який відбувається або за обраним сторонами регламентом, наприклад, Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ, або за арбітражним законом місця арбітражу).

Українське арбітражне законодавство, як і законодавство розвинених арбітражних юрисдикцій, не містить жодних обмежень щодо вибору сторонами виду арбітражу, арбітражного регламенту чи місця арбітражу.

[16] A/CN.9/263 – Аналітичний збірник коментарів Урядів та міжнародних організацій до проєкту тексту Типового Закону, ст. 18, п. 9. Доступ за посиланням (англомовна версія): https://undocs.org/en/a/cn.9/263.
Короткий звіт 310-го засідання щодо підготовки Типового Закону, ст. 422, п. 34. Доступ за посиланням (англійською мовою): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/310meeting-e.pdf.

Іншими словами, зараз ніщо не заважає сторонам обрати арбітраж в Україні або за її межами, *ad hoc* або інституційний. І українські сторони активно користуються своїм правом вибору, адже щороку сотні справ за участі українських сторін розглядаються за регламентами десятків арбітражних установ у різних юрисдикціях та за найбільш популярним регламентом для арбітражу *ad hoc* – Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ.

Цей факт підтверджується як статистикою, яку публікують більшість провідних арбітражних установ, так і дослідженням української судової практики за останні 15 років у справах щодо надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, яке провела УАА (і результати якого будуть опубліковані найближчим часом).

Тож тільки за даними українського судового реєстру, українські сторони обирали для вирішення своїх зовнішньоекономічних чи інвестиційних спорів, серед іншого:

(1) МКАС при ТПП України
(2) МАК при ТПП України
(3) Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати (ICC)
(4) Лондонський суд міжнародного арбітражу (LCIA)
(5) Арбітражний інститут Стокгольмської торгової палати (SCC)
(6) Віденський міжнародний арбітражний центр (VIAC)
(7) Швейцарські правила (Swiss rules/SCAI)
(8) Німецьку інституцію арбітражної справи (DIS)
(9) Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID)
(10) GAFTA
(11) FOSFA
(12) LMAA
(13) МКАС при ТПП РФ
(14) МАК при ТПП РФ
(15) Міжнародний арбітражний суд Білоруської Торгово-промислово палати
(16) Арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті Польщі у Варшаві
(17) МАС при ТПП Угорщини
(18) МКАС при ТПП Молдови
(19) Вільнюський Комерційний Арбітражний суд
(20) Арбітражний суд Торгово-Промислової палати Хайльбронн-Франкен
(21) Арбітражний суд при Економічній Палаті Чеської Республіки та Аграрній Палаті Чеської Республіки
(22) Арбітражний суд Торгової палати м. Гамбурга
(23) Арбітраж ТПП м. Цюріха
(24) Арбітражний суд при Болгарській торгово-промисловій палаті
(25) Міжнародний комерційний арбітражний суд при асоціації міжнародних правових досліджень
(26) МКАС при ТПП Республіки Казахстан
(27) Арбітражний суд Естонської ТПП
(28) МКАС при ТПП Алмати
(29) Ризький міжнародний третейський суд
(30) Лондонську палату міжнародного арбітражу та криптографії
(31) Міжнародний арбітраж Асоціації ліквідаторів і адміністраторів Республіки Молдови
(32) Третейський суд при Санкт-Петербурзькій торговельно-промисловій палаті
(33) Арбітражний Трибунал Німецької Морської Асоціації Арбітражу
(34) Спілку Морських Арбітрів у м. Нью-Йорк
(35) Інститут арбітражу і вирішення спорів при Торговій палаті в м. Осло
(36) Балтійський Міжнародний третейський суд
(37) Китайську міжнародну економічну і торговельну арбітражну комісію
(38) Арбітражний суд Віденської біржі сільськогосподарської продукції
(39) Регламент комерційного арбітражу Американської арбітражної асоціації
(40) Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ.

Цей перелік не є вичерпним, але демонструє, що жодних обмежень у виборі немає.

І навіть якщо сторони з якихось причин хочуть обрати арбітраж з місцем арбітражу в Україні, їх вибір не обмежений тільки МКАС чи МАК при ТПП України, адже сторони можуть обрати арбітраж за регламентом іноземної арбітражної установи, наприклад, ICC, з місцем арбітражу в Україні, або ж обрати арбітраж *ad hoc*, наприклад, за Регламентом ЮНСІТРАЛ, або провести *ad hoc* за правилами, встановленими самим Законом про МКА.

2.2 Важлива не кількість, а якість: створення нових арбітражних установ не означає, що їх взагалі хтось колись обере для вирішення спору, адже сторони надають перевагу установам з досвідом та репутацією

Сама собою реєстрація нових арбітражних установ не є чинником, що впливає на інвестиційну привабливість відповідної юрисдикції. Для того, щоб арбітражна установа була цікава сторонам, вона повинна мати бездоганну репутацію та досвід, які, як показує світова практика, треба напрацьовувати роками.

Слід також враховувати, що надання можливості створення нових арбітражних установ має різний ефект у різних юрисдикціях – в залежності від існуючих у ній правових традицій, етики, знань та менталітету юридичної та бізнес спільноти.

В багатьох юрисдикціях можливість створювати нові арбітражні установи давно існує, але вона не викликає ажіотажу, адже всі розуміють, що у новостворену арбітражну установу необхідно вкладати багато часу, зусиль та ресурсів, щоб вона набула високого ступеню впізнаваності, довіри, бездоганної репутації та поваги. У цих юрисдикціях надають перевагу розвитку/підтримці однієї «основної» арбітражної установи, як правило, вже існуючої. При цьому, інколи такі держави на законодавчому рівні надають можливість кільком локальним арбітражним установам об'єднатися в одну для підвищення своєї конкурентоспроможності на міжнародному ринку. Саме таким чином утворилися, наприклад, AAA/ICDR (США), DIS (Німеччина), MIAC/CIAM (Іспанія), Вільнюський Комерційний Арбітражний суд (Литва). В Швейцарії в 2007 році торгово-промислові палати Базеля, Берна, Женеви, Лозанни, Люцерна, Лугано, Невшателя та Цюріха прийняли рішення об'єднати зусилля для заснування єдиної арбітражної інституції – Swiss Chambers' Arbitration Institution, хоча до цього моменту кожна з торгово-промислових палат адмініструвала арбітражі окремо від інших.

Але є й інша – негативна практика, особливо в деяких країнах пост-радянського простору, де сама можливість досить легко створити арбітражну установу призвела до «буму» у їх створенні, причому далеко не завжди з добросовісною метою та не завжди людьми, які взагалі розуміються на міжнародному арбітражі. Як правило, такий «бум» призводить, як мінімум, до створення «сплячих» установ, які не мають жодної справи, а, як максимум, – до різноманітних зловживань та проблем з розвитком арбітражу. І вже для вирішення цих проблем такі юрисдикції змушені шукати шляхи до зменшення кількісті арбітражних установ шляхом реформування законодавства. Наприклад, у Латвії, свого часу, було кілька сотень арбітражних установ. Після реформи їх стало кілька десятків, проте міжнародний арбітраж не став популярнішим у цій країні внаслідок всіх цих реформувань. Інший приклад – Російська Федерація, де схожу проблему кілька років тому було «вирішено» шляхом фактично введенням ліцензування для арбітражних установ, що скоротило їх кількість з кількох сотень до чотирьох, але в цілому дуже негативно вплинуло на розвиток та популярність арбітражу в цій юрисдикції.

На жаль, як свідчить історія з третейськими судами, Україна належить до такої другої групи країн. Зараз можна з впевненістю стверджувати, що створення понад 500 третейських судів не зробило Україну більш інвестиційно привабливою та не сприяло зменшенню навантаження на українські суди. Більше того, минулого року Міністерство юстиції ініціювало законодавчі зміни (Законопроєкт №3411), спрямовані на «очищення рядів» третейських судів та зменшення їх загальної кількості.

З незрозумілих причин, у Законопроєкті №5347 Міністерство юстиції зайняло діаметрально протилежну позицію у питаннях реєстрації арбітражних установ та їхньої кількості.

При цьому абсолютно очевидно, що, у випадку прийняття Законопроєкту №5347 у запропонованій редакції, є дуже висока вірогідність повторення сценарію з третейськими судами з усіма негативними наслідками, що пов'язані з цим.

Це, очевидно, розуміли і розробники, вказавши у Пояснювальній записці: *«Разом з тим з метою уникнення можливих зловживань Прикінцевими та перехідними положеннями проєкту Закону передбачається, що постійно діючі арбітражні установи, утворені після набрання чинності цим Законом, зможуть здійснювати розгляд справ у спорах щодо нерухомого майна через п'ять років з дня їх держаної реєстрації.»*

Не зрозуміло, що саме може змінитися через п'ять років, і як Міністерство юстиції планує боротися з можливими зловживаннями після спливу цього строку, адже запропонований ним проєкт не містить жодних інструментів для цього, як і положень про припинення діяльності/ліквідацію арбітражних установ.

З описаних вище причин, до питання створення нових арбітражних установ в Україні треба підходити дуже зважено.

Важливо також, що чинне законодавство України не містить жодних заборон для створення нових установ. І у 2016 році український законодавець Законом України «Про фінансову реструктуризацію» врегулював створення нової арбітражної установи для цілей цього закону для вирішення спорів, які виникають в ході процедури фінансової реструктуризації між її учасниками. До вказаної арбітражної установи повністю застосовуються всі положення ЗУ про МКА, що ще раз підтверджує, що сам Закон про МКА не встановлює будь-яких обмежень на створення нових арбітражних установ.

Також відмічаємо, що на запит Міністерства юстиції команда експертів USAID досліджувала варіанти розвитку українського законодавства в частині вирішення зовнішньоекономічних спорів, і варіант створення ще однієї арбітражної установи розглядався як один, проте не пріоритетний напрям.

2.3 Судова практика як показник проарбітражності юрисдикції та її безпечності як місця арбітражу

Вже багато років українська судова практика у справах, пов'язаних із арбітражем, стає все більш проарбітражною, що дуже позитивно характеризує Україну як місце арбітражу, та сприяє ширшому використанню сторонами міжнародного арбітражу в цілому.

Так, наприклад, щороку українськими судами скасовується менше 1% рішень МКАС при ТПП України, що є дуже гарним показником навіть для розвинених арбітражних юрисдикцій.

Показово також, що відсоток рішень МКАС, які оспорюються сторонами, є також незначним (в середньому не вище 20%), що означає дві речі: (1) сторони задоволені результатом та/або (2) сторони розуміють, що оспорювання рішення МКАС в державному суді є безперспективним, зважаючи на проарбітражний підхід державних судів та відсутність реальних підстав для скасування арбітражного рішення.

У випадку повторення сценарію з третейськими судами, кількість та якість арбітражних рішень може суттєво змінитися. Оскільки на судову владу покладено функції контролю арбітражних рішень, у випадку наявності відповідних підстав для скасування, державні суди мають скасовувати арбітражні рішення. Але практика та статистика такого скасування назовні буде виглядати як погіршення України як місця арбітражу та буде підривати довіру сторін щодо використання арбітражу в принципі.

2.4 Пропозиції УАА

Тож враховуючи історичний досвід України та всі пов'язані з його повторенням ризики, а також ліберальність діючого арбітражного законодавства України у питаннях вибору арбітражу, УАА вважає, що створення нових арбітражних установ в Україні у спосіб, запропонований Законопроєктом, – не на часі. На жаль, на даний момент прийняття Законопроєкту №5347 у запропонованій редакції може дуже негативно вплинути на розвиток міжнародного арбітражу в Україні та перекреслити досягнення та здобутки останніх років у цій сфері. Враховуючи це, УАА не рекомендує запроваджувати такі зміни.

3 ЗАПРОПОНОВАНІ ЗМІНИ ДО АБЗАЦІВ ДРУГОГО І ТРЕТЬОГО ЧАСТИНИ ДРУГОЇ СТАТТІ 1 ЗУ ПРО МКА ТА СТАТТІ 22 ГПК УКРАЇНИ | РОЗШИРЕННЯ СФЕРИ АРБІТРОВНОСТІ СПОРІВ

УАА не підтримує запропоновані Законопроєктом зміни до абзаців другого і третього частини другої ст. 1 ЗУ про МКА та ст. 22 Господарського процесуального кодексу України (далі – «**ГПК України**»), і вважає, що такі зміни є фрагментарними та вибірковими, вони не заповнюють прогалин у нормативно-правовому регулюванні питань арбітровності спорів, не вирішують існуючі у цьому питанні проблеми, не є дієвими та ефективними та відтак не призведуть до досягнення заявленої мети Законопроєкту – підвищити інвестиційну привабливість України.

3.1 Розширення переліку спорів, які можуть за угодою сторін передаватися до міжнародного комерційного арбітражу «*спор[ами] за участю нерезидента, пов'язан[их] із здійсненням інвестицій іноземним інвестором в Україні або українським інвестором за кордоном*» є незмістовним

Чинна редакція ст.1 Закону про МКА відповідає положенням Типового Закону ЮНСІТРАЛ 1985 року. Визначення терміну «торговельний» у примітці до пункту 1 ст. 1 Типового Закону слід тлумачити широко, з тим щоб він охоплював питання, що випливають з усіх відносин торгового характеру, як договірних, так і не договірних, поміж іншого, з угод щодо ***інвестування***, втілено у тлумаченні терміну «комерційний» у ст. 2 Закону про МКА.

Розробники не пояснюють мету внесення запропонованих змін. На думку УАА, в їх впровадженні відсутній будь-який сенс та практична необхідність. Подібні до запропонованих у Законопроєкті №4357 норми із посиланням на «інвестиції» та «іноземних інвесторів» відсутні в арбітражному законодавстві країн, що визнані провідними арбітражними центрами у світі, зокрема, у законодавстві Англії, Бельгії, Сінгапурі, Швеції, Швейцарії.

Крім того, у Законі про МКА відсутні визначення понять «інвестиція» та «інвестор». З формально логічної точки зору, з назви Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» вбачається, що сфера застосування Закону не охоплює інвестиційні спори (між іноземним інвестором та державою, що приймає інвестиції, щодо порушення прав інвестора при здійсненні інвестицій). Якщо ідея розробників полягала в тому, щоб поширити застосування Закону про МКА на такі спори, то її реалізація потребує зовсім іншої юридичної техніки. Також викликає питання саме формулювання «спори за участю нерезидента, пов'язані із здійсненням інвестицій іноземним інвестором в Україні або українським інвестором за кордоном». Відомо, що в інвестиційному арбітражі сторони, як правило, обирають нейтральне місце арбітражу, але запропоноване визначення (**а**) не передбачає розгляд спорів між іноземним інвестором та іноземною державою (тобто коли України могла б виступати нейтральним місцем арбітражу), натомість (**б**) передбачає розгляд спорів, для яких Україна точно не буде нейтральним місцем, а відтак шанси на її обрання у якості місця арбітражу дуже невисокі. Зазначені обставини, як і відсутність правової визначеності щодо розуміння понять «інвестиція» та «інвестор» будуть сприяти

формуванню неоднозначної правозастосовчої практики, що може зашкодити інвестиційній привабливості України.

3.2 Виключення обмежень щодо передання справ у спорах, що виникають з корпоративних відносин, необхідно узгоджувати з принципами корпоративного права України

Питання арбітровності, так званих, корпоративних спорів має давню і складну історію в Україні. Це питання також по-різному вирішується у різних юрисдикціях, адже воно тісно пов'язане із діючим у відповідній юрисдикції корпоративним правом.

Є різні підходи до його вирішення, і обираючи оптимальний для України, необхідно, знову-таки, пам'ятати про історичний досвід і причини обмеження, свого часу, арбітровності корпоративних спорів.

У 2017 році у ГПК були введені нові правила щодо арбітровності корпоративних спорів, а саме встановлення обмеження, що справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин, в тому числі у спорах 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, можуть бути переданими на вирішення міжнародного комерційного арбітражу лише на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками.

Пізніше, у 2018 набрали чинності нові положення законодавства про акціонерні товариства та про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, які врегулювали питання укладення угод між акціонерами та корпоративних договорів, але не внесли змін до зазначених вище положень ГПК.

Зважаючи на це та історію питання, відхід від введеного у 2017 році правила очевидно потребує обґрунтування та публічного обговорення.

3.3 Запропоновані зміни щодо розширення сфери арбітровності є фрагментарними та вибірковими

Запропоновані зміни до ст. 22 ГПК України щодо арбітровності спорів у спорах з цивільно-правових договірних відносин у сферах приватизації майна та публічних закупівель принципово не змінюють чинне регулювання, а лише роблять текст ст. 22 ГПК України більш зрозумілим. Іншими словами, заявленого розробниками розширення кола арбітровних спорів не відбудеться, що ставить під сумнів доцільність їх внесення у запропонованому вигляді.

Законопроєкт, начебто розширюючи перелік спорів, що можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, пропонує зміни, що є несуттєвими, та оминає істотні питання, щодо яких наявні прогалини у законодавстві України, зокрема, щодо порядку та умов передання спорів на вирішення міжнародного комерційного арбітражу у справах, пов'язаних із процедурою банкрутства, обліком прав на цінні папери, тощо.

3.4 Пропозиції впровадження комплексних змін до розширення кола спорів, що можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, було надано УАА у «Проекті Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо питань вдосконалення арбітражного законодавства України, судового контролю та підтримки міжнародного комерційного арбітражу» від

19.12.2019 року, поданому до Комісії з питань правової реформи при Президентові України[17]

УАА в цілому вітає законодавчі ініціативи щодо розширення кола арбітровних спорів, але вважає, що це питання має вирішуватись комплексно і системно, з урахуванням як існуючих проблем, так й історичного досвіду України. Оскільки Законопроєкт №5347 не відповідає цим критеріям, УАА не підтримує запропоновані зміни до абзаців другого і третього частини другої ст. 1 ЗУ про МКА та ст. 22 ГПК України, що регулюють визначення спорів, що можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу. Фрагментарна та вибіркова зміна положень про арбітровність навряд чи допоможе у досягненні мети Законопроєкту.

4 ВИСНОВКИ

Прийняття Законопроєкту №5347 зробить Україну непривабливим місцем арбітражу та перекреслить усі досягнення та здобутки останніх років, які дозволяють говорити, що на даний час Україна забезпечує безпечні та комфортні умови для вирішення міжнародних комерційних спорів у міжнародному комерційному арбітражі.

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

Дозвольте ще раз висловити свою повагу та вдячність за приділену цьому питанню увагу. Будемо раді надати коментарі та відповісти на будь-які питання.

З повагою,
Олена Перепелинська
Президент Української Арбітражної Асоціації

[17] Проєкт змін разом із порівняльною таблицею опубліковано на сайті УАА