

V Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І.Г. Побірченка

НЬЮ-ЙОРКСЬКА КОНВЕНЦІЯ

ПРО ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ

ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ:

60-РІЧНА ІСТОРІЯ УСПІХУ

V Міжнародні арбітражні читання
пам'яті академіка І.Г. Побірченка
4 жовтня 2018 року

Збірник доповідей і статей

Київ
2019

**МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖНИЙ СУД
І МОРСЬКА АРБІТРАЖНА КОМІСІЯ ПРИ
ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВІЙ ПАЛАТІ УКРАЇНИ**

**НЬЮ-ЙОРКСЬКА КОНВЕНЦІЯ
ПРО ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ
ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ:
60-РІЧНА ІСТОРІЯ УСПІХУ**

*V Міжнародні арбітражні читання пам'яті
академіка І. Г. Побірченка
4 жовтня 2018 року*

Збірник доповідей і статей

Київ • 2019

Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху. Збірник доповідей і статей до V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І. Г. Побірченка. – К.: 2019. – 184 с.

В збірник увійшли доповіді і статті учасників V Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І. Г. Побірченка, які пройшли 4 жовтня 2018 року в м. Києві (Україна) і були присвячені темі: **«Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху»**.

Доповіді та статті розміщені згідно з програмою Читань і викладені на тій мові і в тому вигляді, як їх представили автори. Для зручності читачів зміст наведено двома мовами.

Збірник буде корисний практикуючим юристам, суддям державних і третейських судів, арбітрам міжнародних арбітражних інститутів, фахівцям у сфері зовнішньоекономічної діяльності та міжнародного арбітражу, науковцям, викладачам і студентам юридичних вузів.

ЗМІСТ

Передмова Голови Міжнародного комерційного арбітражного суду і Морської арбітражної комісії при ТПП України М.Ф. Селівона	7
Крупчан Олександр (Україна). Нью-Йоркська конвенція ООН 1958 року і генеза застереження про публічний порядок	9
Храпуцький Олександр (Білорусь). Взаємодія Нью-Йоркської конвенції 1958 року з національним законодавством та іншими міжнародними договорами. Більш сприятливий режим	20
Король В.І. (Україна). Концептуально-правові засади визнання і виконання арбітражних рішень щодо спорів із зовнішньоекономічних договірних правовідносин	24
Волощук О.Т., Гетманцев М. О. (Україна). Арбітражна угода (« <i>clausula arbitriosa</i> ») в міжнародному комерційному арбітражі: поняття, види та зміст	32
Гриняк А.Б. (Україна). Новітні підходи до закріплення автономії волі сторін у комерційних правовідносинах	40
Цірат Геннадій (Україна). Особливості застосування ст. II (3) Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. у практиці українських судів	46
Друг Олександр (Україна). Визнання та виконання арбітражних рішень проти осіб, які не є сторонами арбітражної угоди – погляд з України	55
Пленюк М.Д. (Україна). Домовленість сторін як юридичний факт у міжнародному комерційному арбітражі	61
Белоусов Павло, Гришин-Грищук Роман (Україна). Визнання та виконання іноземних арбітражних рішень в Україні: новий етап в історії українського цивільного судочинства	67
Кот О.О. (Україна). Суперечність арбітражного рішення публічному порядку України як підстава для відмови у наданні дозволу на його виконання.	82
Кочин В.В. (Україна). Визнання арбітражного рішення: правова природа, механізм та значення	88

Подцерковний О.П. (Україна). Процедури міжнародного комерційного арбітражу та порядок виконання (оспорювання) арбітражних рішень як новий правовий кластер	94
Батлер У.Е. (США/Великобританія). Визнання та виконання арбітражних рішень в Сполучених Штатах Америки	102
Новачик Пьотр (Польща). Визнання та виконання іноземних арбітражних рішень в Польщі	107
Чжоу Гуанцзюнь (Китай). Досвід застосування Нью-Йоркської конвенції в Китаї	115
Стасик Олена (Франція). Виконання арбітражних рішень згідно Нью-Йоркської конвенції в країнах Європейського Союзу та виключення, аргументоване міркуваннями публічного порядку. Нові тенденції Франції	122
Винокурова Л.Ф. (Україна). Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан та перспективи розвитку правового регулювання в умовах реформування судової системи	137
Крупко П.М. (Україна). Правонаступництво в арбітражі. Практика МКАС.	154
Притика Ю.Д. (Україна). Онлайн-арбітраж: поняття, ознаки та перспективи впровадження.	159
Боярський Є.Д. (Україна). Відмивання грошей в міжнародному арбітражі: погляд з точки зору англійського права.	168
Для нотаток	178

CONTENTS

Foreword of Selivon M.F. , President of the International Commercial Arbitration Court and the Maritime Arbitration Commission at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry	7
Krupchan Olexandr (<i>Ukraine</i>). 1958 New York Convention and the genesis of the public policy clause.	9
Khrapoutski Alexandre (<i>Belarus</i>). The relationship of the New York Convention 1958 with domestic law and other international treaties. More favorable law.	20
Korol V.I. (<i>Ukraine</i>). Conceptual and legal principles of recognition and enforcement of arbitral awards on disputes concerning foreign economic contractual relations.	24
Voloshchuk O.T., Getmantsev M.O. (<i>Ukraine</i>). Arbitration agreement (« <i>clausula arbitrisa</i> ») in international commercial arbitration: concept, types and content.	32
Gryniak A.B. (<i>Ukraine</i>). New approaches to consolidating the autonomy of the parties in commercial relations.	40
Tsirat Gennadii (<i>Ukraine</i>). Features of the application of Art. II (3) of the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the practice of Ukrainian courts.. . . .	46
Droug Olexander (<i>Ukraine</i>). Recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement – Ukrainian view.	55
Pleniuk M.D. (<i>Ukraine</i>). Agreement of the parties as a legal fact in international commercial arbitration.	61
Byelousov Pavlo, Gryshyn-Gryshchuk Roman (<i>Ukraine</i>). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Ukraine: a new stage in the history of Ukrainian civil litigation.	67
Kot O.O. (<i>Ukraine</i>). Contradiction of the arbitral award to the public policy of Ukraine as a ground for refusal to grant a permission for its enforcement.	82
Kochyn V.V. (<i>Ukraine</i>). Recognition of an arbitral award: legal nature, mechanism and significance.	88

Podtserkovnyi O.P. (Ukraine). International commercial arbitration procedures and the rules of arbitral awards enforcement (challenging) as a new cluster of law.	94
Butler W.E. (USA/United Kingdom). On the recognition and enforcement of arbitral awards in the United States.	102
Nowaczyk Piotr (Poland). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Poland.	107
Zhou Guangjun (China). Experience in the application of the New York Convention in China.	115
Stasyk Olena (France). Enforcement of arbitral awards under the New York Convention in EU and the exclusion from the viewpoint of public policy. New trends in France.	122
Vynokurova L.F. (Ukraine). International commercial arbitration in Ukraine: status and prospects for the development of legal regulation in the reform of the judicial system.	137
Krupko P.M. (Ukraine). Succession in arbitration. ICAC practice.	154
Prytyka Y.D. (Ukraine). Online arbitration: concept, features and implementation perspectives.	159
Boiarskyi I. D. (Ukraine). Money laundering in international arbitration: view from English law perspective.	168
For notes	178

ПЕРЕДМОВА

Загальновизнаним і обґрунтованим є висновок про те, що ефективним міжнародний комерційний арбітраж можна назвати тоді, коли його рішення виконуються в будь-якій державі світу, де знаходиться боржник або його майно. Тому, світове співтовариство, визнаючи важливість арбітражу як способу регулювання спорів у зовнішньоекономічній сфері, вживало зусилля по створенню простого і надійного міжнародного інструментарію, що дозволяє визнавати і приводити у виконання арбітражні рішення, винесені в інших державах. Не вдаючись в історію цього питання, зокрема до аналізу Женевського протоколу 1923 року про арбітражні застереження і Женевської конвенції 1927 року про приведення у виконання іноземних арбітражних рішень, 10 червня 1958 року Організацією Об'єднаних Націй за підсумками дипломатичної конференції була прийнята Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень. У 2018 року виповнилося 60 років після її прийняття. Цьому ювілею були присвячені V Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І.Г. Побірченка, які були організовані МКАС при ТПП України за сприянням Комісії ООН по праву міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ). Проведена 4 жовтня 2018 року конференція зібрала понад 200 учасників з різних країн і різних сфер діяльності: юристи, арбітри, судді державних судів, представники бізнесу та правової науки, які на чотирьох сесіях всебічно розглянули як теоретичні аспекти дії Конвенції і її значення для розвитку арбітражу, так і практику її застосування в різних країнах.

На загальну думку, Нью-Йоркська конвенція є одним з найбільш важливих і успішних договорів ООН в галузі міжнародного торгового права, який налічує в даний час 157 держав-учасників. ЮНСІТРАЛ розглядає Конвенцію в якості наріжного каменю системи міжнародного арбітражу, основоположного документа, що зобов'язує договірні держави визнавати арбітражні угоди, а їхні суди, в які надходить позов з питання, щодо якого сторони уклали арбітражну угоду, – направляти сторони в арбітраж, а також визнавати і приводити у виконання арбітражні рішення, винесені в інших державах. Тому значення Конвенції не тільки в тому, що вона створила ефективний міжнародний, по суті глобальний, механізм примусового виконання арбітражних рішень, а й, що не менш важливо, в тому, що держави – члени Конвенції беруть на себе зобов'язання забезпечувати виконання угоди сторін про передачу спору в арбітраж. З огляду на дану обставину, на Читаннях, крім другої сесії, присвяченій цілком арбітражній угоді в контексті Конвенції, на інших сесіях піднімалися питання дійсності, виконуваності арбітражних угод, аналізувалася судова практика і дії державних судів при розгляді позовів з питань, охоплених арбітражною угодою.

Однією із переваг Нью-Йоркської конвенції є те, що вона закріплює принцип найбільшого сприяння для визнання і приведення у виконання арбітражних рішень і арбітражних угод. Сутність цього принципу закріплена в статті VII(1) Конвенції і полягає в тому, що будь-яка сторона, зацікавлена у визнанні і приведенні до виконання арбітражного рішення, не позбавляється

права скористатися на додаток до Конвенції більш сприятливими положеннями внутрішнього законодавства або міжнародного договору. Цей принцип дозволяє не гальмувати процес розвитку національного арбітражного законодавства і правозастосовчої практики, застосовувати новачі в арбітражі, а самої Конвенції не застарівати, самовдосконалюватися відповідно до нових умов.

Обґрунтовано багато уваги на конференції було приділено питанню, які саме арбітражні рішення підпадають під дію Конвенції. Зокрема, аналізувались «територіальний» та «невнутрішній» критерії віднесення арбітражних рішень до конвенційних, чи є об'єктом Конвенції не тільки остаточні рішення, але і рішення, що не вирішують спір по суті, а також скасовані арбітражні рішення тощо. Окремо розглядалось питання про визнання і приведення до виконання арбітражних рішень щодо осіб, які не підписували арбітражну угоду.

Жваву дискусію викликало обговорення досвіду застосування положень Конвенції в окремих країнах та правових системах, зокрема у країнах Балтії, СНГ, Великобританії, Європейському Союзу, Китаї, Канаді, США та Україні. Було піддано критичному аналізу не лише національне законодавство про виконання арбітражних рішень, а і судова практика та їх відповідність положенням і духу Нью-Йоркської конвенції.

Ці та інші важливі питання піднімалися спікерами на V Міжнародних арбітражних читаннях, доповіді яких публікуються, за традицією, у цьому Збірнику. Однак повідомлення про публікацію матеріалів V Читань викликало багато пропозицій учасників Читань про включення до Збірника їх розробок з міжнародного комерційного арбітражу. Організаційний комітет позитивно поставився до таких пропозицій, і окремі з них включені в даний Збірник. Ці пропозиції також вказують на те, що в Україні формуються центри (Київ – Науково-дослідний інститут права та підприємництва НАПрНУ, юридичний факультет Київського національного університету, Одеса – Національний університет «Одеська юридична академія» та провідні юридичні фірми в цих містах) по дослідженню міжнародного арбітражу як одного із способів альтернативного вирішення спорів, що вселяє впевненість у розвиток цього інституту в нашій державі.

*Микола Селівон,
Голова МКАС та МАК при ТПП України*

НЬЮ-ЙОРКСЬКА КОНВЕНЦІЯ ООН 1958 РОКУ І ГЕНЕЗА ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК

Крупчан Олександр (Україна)

*академік Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук,
професор, директор НДІ приватного права і підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака НАПрН України, член президіуму МКАС при ТПП України,
Заслужений юрист України*

Стаття присвячена ролі застереження про публічний порядок при визнанні і виконанні іноземних арбітражних рішень за Нью-Йоркською конвенцією ООН 1958 року. Розглядається генеза публічного порядку, оскільки він належить до числа загальних понять та є загальноприйнятим інститутом міжнародного приватного права.

Враховуючи, що колізійна норма може обирати право будь-якої держави, а передбачити всі наслідки цього вибору неможливо, то з метою запобігання настання можливих негативних наслідків і вживається застереження про публічний порядок. Призначенням застереження про публічний порядок є обмеження дії колізійної норми, спрямованої на вилучення застосування іноземного закону, яке несумісне з публічним порядком країни винесення рішення суду чи країни його виконання.

Застереження про публічний порядок закріплене в законодавстві багатьох держав, в міжнародних договорах. В статті висвітлюються різні сторони застосування застереження про публічний порядок.

Ключові слова: публічний порядок, Нью-Йоркська конвенція, колізійна норма, визнання та виконання іноземних арбітражних рішень

В статті V(2) (b) Нью-Йоркської конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень протиріччя публічному порядку визначено як одна з підстав відмови у визнанні і приведенні до виконання такого рішення компетентним органом держави, в якій воно має бути визнаним і виконаним.

Визначний компаративіст Рене Давід свого часу наголошував, що право різних держав сформульовано на різних мовах, використовує різну техніку та створено для суспільств із цілком різними структурами, звичаями та віруваннями¹. Для права, як соціального утворення, є характерною соціальна обумовленість, або адекватність права суспільним відносинам, що ним регулюються, здатність відображати об'єктивні потреби суспільного життя. Відповідно, відмінності у соціально-економічних, культурних, релігійних, етичних та інших умовах життя суспільств у різних державах впливають на відмінність правових систем держав. Таким чином, в сучасному світі кожна держава має своє право, відмінне від права інших держав.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности [Текст]. – М.: Прогресс, 1988. – С. 8.

Звідси, будь-яка правова норма, як елемент правової системи держави, являє собою результат національних, ідеологічних, моральних, духовних, економічних, політичних та соціальних особливостей конкретного суспільства, і не може враховувати відповідний ідеологічний, соціальний, культурний, економічний та моральний базис, на якому побудовано правову систему іншої держави. В результаті, при застосуванні в іншій державі правова норма може стати чужорідним тілом, яке не вписується у правопорядок даної держави, і, відповідно, може спричинити дестабілізацію його основ².

Аналогічні наслідки може спричинити допущення дії іноземного арбітражного рішення у межі певного національного правопорядку.

Для того, щоб таке рішення мало правові наслідки за межами держави, де воно було винесене, воно має бути визнане судом іншої держави відповідно до закону або міжнародного договору³. Визнання іноземного арбітражного рішення означає, що таке рішення слугує підтвердженням цивільних та інших прав та обов'язків в такій самій мірі, як і рішення суду держави, де воно підлягає виконанню⁴. Проте іноземне арбітражне рішення може бути винесене на підставі іноземного права, як його матеріальних, так і процесуальних норм, і, як наслідок, породжувати права та обов'язки, виконання яких може виявитися неприпустимим, недоцільним і неможливим з точки зору національного правопорядку. Рішення міжнародних комерційних арбітражів, які можуть вирішувати передані на їх розгляд справи як на основі права певної держави, так на основі принципу справедливості, діючи як «дружній посередник» або *ex aequo et bono*.

Але якщо внаслідок застосування іноземного права, або виконання іноземних арбітражних рішень порушуватимуться засади існуючого в державі устрою, така держава перестане виконувати своє призначення – забезпечувати організацію та захист суспільства, а її право, відповідно, своє – зберігати та підтримувати порядок у суспільстві⁵. Тому попри те, що у приватноправових відносинах держава санкціонує застосування іноземного права, в силу свого територіального суверенітету вона зберігає за собою можливість встановлювати межі екстериторіальної дії іноземного права.

Звідси, з метою захисту від дестабілізуючого впливу іноземного права державами було запроваджено юридичний засіб, який дістав назву застереження про публічний порядок, що діє в якості виключення у колізійному праві. Необхідність захисту основ правової системи, інтересів суспільства та держави обумовила загальне визнання інституту застереження про публічний порядок,

² Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения [Текст]: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2001. – С. 33.

³ Щелкунов О. Порядок визнання рішень іноземних судів на території України [Текст] // Право України. – 2004. – № 6. – С. 70.

⁴ Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник [Текст]. – 5-е изд., перераб. и доп. с изм. – М.: Юристъ, 2006. – С. 531.

⁵ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права [Текст] / Под ред. д.ю.н., проф. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2008. – С. 152.

який сьогодні вважається однією з фундаментальних основ міжнародного приватного права.

Витоки розглянутого обмеження дії іноземного права на території держави, на думку вчених, можна простежити ще в доктринах глосаторів та постглосаторів, які хоч і не виділяли поняття «публічний порядок», але засновували свої вчення на засадах територіальності всіх законів, тобто прикріпленості прав та обов'язків особи до певної території, або певної «адміністративно-територіальної одиниці», і запереченні будь-якої можливості застосування іноземного права в межах територіальних володінь⁶.

Розвиток концепції публічного порядку припав на XVII- XIX ст., що пов'язується із такими іменами як Ульріх Губер, Фрідріх Карл Савіні, Роберто Манчіні. Зокрема, У. Губер у своїй відомій праці під назвою «Про конфлікт законів» (оригінальна назва – «De Conflictu Legum») відзначив, що наділення екстериторіальною дією іноземних законів з боку держави можливо за умови, що вони не завдають шкоди владі або праву такої держави⁷.

Натомість нормативне закріплення застереження про публічний порядок почало одержувати лише з початку XIX ст. Об'єктивно цьому сприяли дві важливі обставини: по-перше, проходив важкий, але безперервно-поступовий процес розширення та зміцнення публічної влади держави; по-друге, на хвилі досягнень науки та техніки, промислової революції, великих географічних відкриттів і територіальних завоювань почали стрімко розвиватися підприємництво, виробництво, торгівля, економічні відносини інших регіонів, розширювалися міжнародні торгові зв'язки⁸. До цього слід додати тенденцію до кодифікації цивільного права у державах західної Європи, метою якої було викладення принципів оновленого загального права, пристосованого до умов та потреб XIX століття.

Інтенсифікація міжнародних приватних відносин між суб'єктами права різних країн не могла не мати наслідком збільшення кількості спорів між ними, що приводило до постанов перед юрисдикційними органами питання стосовно застосовного права до такого роду відносин. Законодавча, судова та арбітражна практики пішли шляхом закріплення колізійних норм, що допускали застосування судами та міжнародними арбітражами однієї держави правових норм іншої, але при цьому було впроваджено застереження про публічний порядок як спеціальну охоронну норму, яка б дозволила обмежувати дію норм іноземного права на суверенній території держав, а також виконання рішень іноземних арбітражних судів при забезпеченні балансу між публічними та приватними інтересами.

⁶ Кармаза О. О. Міжнародне спадкове право: Науково-практичний посібник [Текст]. — К.: Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2007. — С. 33.

⁷ Lorenzen, Ernest G., Huber's De Conflictu Legum /Faculty Scholarship Series. Paper 4563. — 1919. — P. 227.

⁸ Хасянов Р. 111. Европейский публичный порядок, европейское правовое пространство и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: их соотношение и взаимодействие [Текст]: Дисс... канд. юрид. наук: 12.00.10. — СПб., 2005. — С. 34.

Вперше такого роду застереження було нормативно закріплене у Цивільно-му кодексі Франції 1804 року, хоча сам термін «публічний порядок» вперше було використано також у Франції, але дещо раніше – у Декларації прав людини і громадянина 1789 р. З того часу застереження про публічний порядок почало поступово закріплюватися й у законодавствах інших держав світу: Законі про загальні положення законодавства Королівства Нідерландів 1829 р.; Цивільно-му кодексі Іспанії 1889 р.; Вступному законі 1896 р. до Німецького цивільного уложення; Законі Японії про застосування законів 1898 р. і так далі. Разом з тим Л. Раапе відмічав, що хоча застереження про публічний порядок нині існує у праві будь-якої держави світу, воно не завжди безпосередньо передбачене законом⁹.

Так, застереження про публічний порядок довгий час не закріплювалося, наприклад, в законодавствах Бельгії, Угорщини, Англії, Сполучених Штатів Америки та інших, проте відповідне правило було розроблене і діяло у судовій практиці цих держав.

Крім того, з часом публічний порядок також почав використовуватися державами в якості підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземних арбітражних/судових рішень, або для відмови у наданні правової допомоги іноземній державі¹⁰.

Перш ніж переходити до більш детальної характеристики інституту публічного порядку необхідно визначити, що з огляду на усталені теоретичні ідеї в науці прийнято розрізняти застереження про публічний порядок у позитивній та негативній формах.

Саме французький кодекс Наполеона 1804 р. закріплював позитивне застереження про публічний порядок, зміст якого полягає у тому, що існує група матеріально-правових імперативних норм, що підлягають застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом незалежно від того, чи відсилає колізійна норма до іноземного закону чи ні¹¹. Таким чином, дана форма застереження концентрує увагу на властивостях вітчизняних імперативних норм, що виключають застосування норм будь-якої іноземної правової системи. На сьогоднішній день певним різновидом позитивної концепції застереження про публічний порядок є теорія «надімперативних норм» міжнародного приватного права.

Негативне застереження про публічний порядок за визначенням Л.А. Лунца вказує на сукупність особливо важливих законів, які, однак, виключають застосування іноземного права і можливість виконання іноземного рішення не завдяки своєму першочерговому характеру, а завдяки негативним властивостям

⁹ Раапе Л. Международное частное право /Под ред. и с пред. Л. А. Лунца [Текст]; Сокр. пер. с 4 нем. изд. А. М. Гурвича. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1960. – С. 96.

¹⁰ Хасянов Р. Ш. Европейский публичный порядок, европейское правовое пространство и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: их соотношение и взаимодействие [Текст]: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.10. – СПб., 2005. – С. 18

¹¹ Кармаза О. О. Міжнародне спадкове право: Науково-практичний посібник [Текст]. – К.: Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2007. – С. 196.

самого іноземного права або змісту виконання іноземного арбітражного рішення¹². Воно вперше одержало своє закріплення у Вступному законі 1896 р. до Німецького цивільного уложення, дана форма застереження переважає у міжнародному приватному праві і закріплена у правових системах більшості держав світу¹³. І хоча в Україні існують обидві форми застереження про публічний порядок, даний розділ присвячено дослідженню саме негативного застереження про публічний порядок.

Історія існування інституту застереження про публічний порядок у законодавстві України має свої особливості. В момент набуття незалежності нашої держави у 1991 р. він містився у Цивільному кодексі УРСР 1963 р.¹⁴. Однак, внаслідок скасування 16 грудня 1993 року ст. 571 згаданого кодексу такого застереження, як загального правила, взагалі не стало у законодавстві України; воно існувало лише у вигляді підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення відповідно до Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., учасницею якої є Україна з 8 січня 1961 року, та відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» 1994 р. Дію даного інституту було відновлено лише із вступом в силу Закону України «Про міжнародне приватне право» від 1 вересня 2005 року, ст. 12 якого закріплює застереження про публічний порядок¹⁵. Таким чином, з 1993 р. по 2005 р. чинне законодавство не передбачало будь-яких обмежень для застосування іноземного права на території України.

Проте у судовій практиці можна зустріти й інші погляди на дане питання. Так, у рішенні Господарського суду Запорізької області від 24.03.10 р. у справі №24/82д/10 було встановлено, що швейцарське право не може бути застосоване до кредитного договору, оскільки *«згідно статті 158 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік іноземне право не застосовується у випадках, коли б застосування суперечило б основам радянського правопорядку (публічному порядку). В цих випадках застосовується радянське право. Положення цієї колізійної норми ст. 158 підлягає застосуванню до кредитного договору №14/51-615 від 10.10.1997 р. на підставі положень Постанови Верховної Ради України «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» від 12.09.1991 р.»*¹⁶. Однак така позиція суду не є законною, оскільки Основи цивільного законодавства Союзу РСР та Республік 1991 р. повинні були вступити в дію лише з 1 січня 1992 р., але у грудні 1991 р.

¹² Лунц Л. А. Курс международного частного права [Текст]: В 3-х т. Т. 1. – М.: Спарк, 2002. – С. 274.

¹³ Международное частное право: Учебник /Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др. [Текст]; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 274.

¹⁴ Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1540-06>.

¹⁵ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. №2709-IV [Текст] //Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №32. – С. 1278.

¹⁶ Рішення у справі №24/82д/10: Господарський суд Запорізької області від 24.03.10 р. //Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9228386>.

СРСР припинив своє існування, а в незалежній Україні, на відміну від інших держав колишнього СРСР, санкціоновано дію нових Основ не було¹⁷. Зокрема, Конституційний Суд України в ухвалі від 21.10.1997 р. у справі №018/2077-97, серед іншого, визначив, що з припиненням існування Союзу РСР Основи цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік не набули чинності¹⁸.

Варто відмітити, що вчені у сфері МПрП дають приблизно однакові за змістом визначення застереженню про публічний порядок. Як констатував ще на початку ХХ ст. американський вчений Френсіс Вортон, дане застереження викладається у різних загальних формах, але всі вони вказують на те, що іноземне право не одержує визнання або застосування, якщо воно суперечить характерному порядку держави суду¹⁹.

До такого ж висновку прийшов Л. А. Лунц у 1973 р., зазначивши, що закон, судовою практика та доктрина всіх без виключення держав світу одноставно розуміють сутність застереження про публічний порядок наступним чином: іноземний закон, до якого відсилає колізійна норма, не може бути застосованим і засновані на ньому права не можуть бути визнані судом вітчизняної держави, якщо таке застосування закону чи визнання прав суперечило б публічному порядку даної держави²⁰. Таке визначення і досі цитується багатьма російськими та вітчизняними вченими прямо чи з незначними уточненнями.

Так згідно позиції Т. Н. Нешатаєвої, застереження про публічний порядок означає, що іноземне право не застосовується, а суб'єктивні права (наприклад, зафіксовані у судовому рішенні) не визнаються (не одержують захисту), якщо таке застосування або визнання суперечить публічному порядку даної держави або основам міжнародного правопорядку²¹. Так само визначають дане застереження І. В. Гетьман-Павлова, Г. К. Дмитрієва, О. О. Мережко.

Застереження про публічний порядок покликане виключити в ситуаціях дії колізійної норми застосування іноземного закону або судового рішення, несумісних із публічним порядком даної держави²². Порівняно більш наукове визначення наводить В. Л. Толстих – це інститут міжнародного приватного права, що дозволяє виключити дію іноземного права у випадках його протиріччя публічним засадам у вітчизняній державі²³.

¹⁷ Очерки международного частного права [Текст] /Под ред. проф. А. С. Довгерега. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. – С. 9.

¹⁸ Ухвала у справі №018/2077-97: Конституційний Суд України, 21.10.1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v050u710-97>

¹⁹ Wharton F. A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law [Текст]. – Rochester, N.Y.: The Lawyers' Co-operative Publishing Co. – P. 17

²⁰ Лунц Л. А. Курс международного частного права [Текст]: В 3-х т. Т. 1. – М.: Спарк, 2002. – С. 269.

²¹ Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс [Текст]: Учебный курс в трех частях. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. – С. 78.

²² Хасянов Р. Ш. Европейский публичный порядок, европейское правовое пространство и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: их соотношение и взаимодействие [Текст]: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.10. – СПб., 2005. – С. 78.

²³ Толстих В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ [Текст]. – М.: (парк, 2002. – С. 51.)

Аналогічний ефект має дане застереження у сфері міжнародного цивільного процесу, на що звертає увагу С. В. Крохалев зазначаючи, що механізм дії застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві полягає у виключенні дії в межах національного правопорядку норм або іноземних рішень, актів іноземних владних органів в тому об'ємі, в якому таке виключення обумовлено вимогами захисту фундаментальних цінностей держави суду²⁴.

Отже, у доктрині міжнародного приватного права застереження про публічний порядок характеризується, з точки зору його основної функції – захисту вітчизняного публічного порядку, реалізація якої здійснюється шляхом обмеження екстериторіальної дії іноземної правової норми. Такий самий ефект має застереження про публічний порядок у міжнародному цивільному процесі: якщо іноземне судове або арбітражне рішення порушує вітчизняний публічний порядок, його визнання та виконання є неможливим, і породжувані ним правові наслідки не набувають обов'язкового характеру у вітчизняній державі.

Але слід уточнити, що, оскільки іноземна правова норма одержує застосування у межах вітчизняного правопорядку в силу колізійної норми, тому об'єктивним наслідком застосування інституту застереження про публічний порядок є анулювання дії саме власної колізійної норми²⁵. Такої думки дотримується, зокрема, О. О. Бичківський, який вважає, що дія застереження про публічний порядок полягає у незастосуванні колізійної норми вітчизняного права, та через це уникненні використання небажаної матеріальної норми іноземного права²⁶.

В даному контексті широко цитується Л. Раапе, який зазначав, що застереження про публічний порядок прикріплено до кожної колізійної норми, що відсилає до іноземного права, воно являє собою складову частину кожної колізійної норми, і застереження завжди слід читати та застосовувати разом із колізійною нормою, хоча зовнішньо застереження відділене від останньої²⁷. Більш докладно характеризує механізм дії застереження про публічний порядок О. М. Жильцов, *«даний механізм виконує роль корекції механічного функціонування колізійного методу, у відповідності до якого при визначенні застосовної правової системи не враховується результат, до якого може привести застосування окремої норми компетентного правопорядку. Тут необхідно особливо підкреслити, що механізм публічного порядку може бути задіяно лише після того, як суд застосує колізійну норму, що містить відсилання до іноземної правової системи, і визначить стосовно конкретних обставин справи, наявність протиріччя між можливими*

²⁴ Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном и гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции [Текст]: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.15. – Ек., 2005. – С. 15-16.

²⁵ Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник [Текст]. – К.: Лтіка, 2008. – С. 134.

²⁶ Бичківський О. О. Регулювання спадкових правовідносин за законодавством України та зарубіжних країн: приватно-правовий аспект [Текст]: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2012. – С. 44.

²⁷ Раапе Л. Международное частное право /Под ред. и с пред. Л. А. Лунца [Текст]; Сокр. пер. с 4 нем. изд. А. М. Гурвича. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1960. – С. 98.

наслідками застосування іноземної норми права і основоположними принципами країни суду»²⁸. Такий тісний взаємозв'язок колізійного права і розглядуваного застереження дає змогу прийти до висновку про колізійну природу останнього, що є домінуючою точкою зору науки міжнародного приватного права²⁹.

Проте існують й інші погляди щодо правової природи застереження про публічний порядок. Деякі вчені дотримуються думки, що воно має матеріальне походження, оскільки зміст публічного порядку, з яким правозастосовний орган порівнює наслідки застосування іноземного права, міститься саме в матеріальних нормах, тому не можна вважати розглядуване застереження суто колізійним інститутом. Окремо слід додати, що застереження про публічний порядок може застосовувати піше суд або міжнародний арбітраж, тобто юрисдикційний орган, що свідчить також про процесуальний характер застереження.

Тому, визнаючи доцільність кожного із приведених аргументів, слід погодитися з думкою, що для правильного теоретичного сприйняття та практичного використання застереження про публічний порядок необхідно розглядати останній як комплексний феномен, що сполучає в собі елементи колізійного, матеріального і процесуального права³⁰.

Визначивши характер дії застереження про публічний порядок слід розглянути його наслідки, адже після того як в результаті дії даного застереження було виключено застосування іноземного права, обраного на основі вітчизняної колізійної норми, знову виникає питання про застосовне право³¹. Якби застереження про публічний порядок обмежувалося лише зупиненням дії іноземної правової норми, тобто захисною функцією, тоді замість неприйнятного іноземного правового регулювання утворюватиметься прогалина, яка жодним чином не вирішить спірне питання. Тому доцільно вести мову не лише про зупинення дії іноземної матеріальної норми, а й про заміщення іншою матеріальною нормою³².

Зрозуміло, що в разі відмови у визнанні та виконанні іноземного судового або арбітражного рішення на будь-якій законній підставі, включаючи порушення публічного порядку, питання про заміщення такого рішення виникати не може. Однак оскільки міжнародні приватноправові відносини породжують колізію між двома чи більше державними правопорядками, відмова від застосування права однієї держави означає можливість застосування права іншої.

²⁸ Жильців А. Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже: Императивные нормы: Дис... канд. юрид. наук [Текст]: 12.00.03. – М, 1998. – С. 47.

²⁹ Кудашкин В. В. Правовое регулирование международных частных отношений [Текст]. – СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2004. – С. 44.

³⁰ Бичківський О. О. Регулювання спадкових правовідносин за законодавством України та зарубіжних країн: приватно-правовий аспект [Текст]: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х, 2012. – С. 48

³¹ Кудашкин В. В. Правовое регулирование международных частных отношений [Текст]. – СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2004. – С. 21.

³² Очерки по систематике частного международного права [Текст] /Жиленко А., Александров. лицей. – 2-е изд. – Петроград: Тип. т-ва А. С. Суворина «Новое время», 1915. – С. 159-160.

Аналізуючи та узагальнюючи законодавства різних держав світу, можна виділити чотири види правових наслідків застосування застереження про публічний порядок.

Першим видом правових наслідків застосування застереження про публічний порядок є відмова від двостороннього колізійного регулювання правовідносин взагалі і звернення до норм вітчизняного правопорядку. Такий спосіб вирішення колізійної проблеми засновується на припущенні, що оскільки колізійна норма вказала на іноземне матеріальне право, наслідки застосування якого суперечать вітчизняному публічному порядку, остільки законодавцем при розробленні даної норми було допущено помилку при обранні до відповідних правовідносин належної колізійної прив'язки. Адже неприпустимо, щоб законодавець при розробці колізійної норми свідомо припускав, щоб така норма могла санкціонувати застосування іноземного права, яке здатне порушити вітчизняний публічний порядок. При такій ситуації, законодавець не може наражати публічний порядок на небезпеку і встановлює заборону на двостороннє колізійне регулювання відповідних відносин, усуваючи будь-яку можливість застосування іноземного права, тому, як наслідок, орган правозастосування змушений застосовувати вітчизняне право.

З одного боку, даний вид наслідків полегшує процес встановлення компетентного права, економить час та ресурси органів правозастосування, однак з іншого – ігнорує зв'язок правовідносин з іншими правопорядками, що може призвести до усунення більш компетентного та сприятливого іноземного права, що, як наслідок, обумовлює його непопулярність як у доктрині, так і у практиці реалізації норм міжнародного приватного права. На сьогоднішній день її можна зустріти у законодавствах Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Угорщини, Естонії, Монголії, Киргизької Республіки, Литовської Республіки, Румунської Республіки та деяких інших держав.

Другий вид відповідних наслідків нагадує перший, але містить істотне доповнення. Якщо норма компетентного іноземного права порушує вітчизняний публічний порядок, то орган правозастосування виключає застосування лише такої норми, однак продовжує застосовувати інші норми відповідного іноземного права. Як відзначав А. Б. Левітін: *«Відхилення іноземної норми не обов'язково тягне за собою застосування права держави суду. Суду необхідно проявити активність у процесі пошуку найліпшого виходу із ситуації, що склалася, перш за все захищаючись по можливості в межах самого права... держави, до якого відсилала... колізійна норма»*³³. Іншими словами, сутність даного підходу полягає в неприпустимості ситуації, коли через негативні наслідки застосування однієї іноземної правової норми, було б повністю виключене застосування всієї відповідної правової системи.

Таким чином, законодавець наполягає на передбаченій для конкретних правовідносин колізійній нормі, і лише у випадку, якщо застосування інших норм обраного іноземного права також веде до наслідків, несумісних із публічним

³³ Левитин А. Б. Вопросы публичного порядка в международном частном праве. Проблемы международного частного права [Текст]. – М., 1960. – С. 228.

порядком держави суду – тоді підлягає застосуванню право держави суду. Дана модель існує, наприклад, у правовій системі Тунісу.

Третій вид правових наслідків застосування застереження про публічний порядок базується на застосуванні правила найбільш тісного зв'язку для виначення компетентного права, якщо попередньо визначене іноземне право суперечить вітчизняному публічному порядку.

Правило найбільш тісного зв'язку з правовідносинами виникло в практиці держав англо-американської правової системи в якості колізійної прив'язки у сфері регулювання договірних та деліктних відносин, і в останні кілька десятиліть також відтворюється у континентальних правових системах держав в якості загального колізійного правила, яке має субсидіарне значення і застосовується за відсутності спеціального кдекватно врегулювати відповідні правовідносини. Навпаки, застосування правила найбільш тісного зв'язку є «гнучким» критерієм, за допомогою якого можна встановити компетентний правопорядок з урахуванням усіх фактичних обставин та наявних правових зв'язків правовідносин із різними правопорядками держав світу, в більшій мірі відповідає потребам, що створюються самим правилом³⁴. Тому логічно, що дане правило широко застосовується за необхідності віднайти компетентне право внаслідок обмеження застосування спеціальної колізійної норми, яка зазвичай, регулює дані відносини.

Особливу увагу слід звернути на те, що орган правозастосування при здійсненні пошуку компетентного права за правилом найбільш тісного зв'язку здійснює вибір серед права усіх держав світу, що мають чи можуть мати правовий зв'язок з відповідними правовідносинами, охоплюючи й право держави, яке було спочатку обране колізійною нормою держави суду із виключенням його норм, що суперечать публічному порядку держави суду. І лише у випадку, коли орган правозастосування не здатний віднайти застосовне право за таким критерієм, підлягає застосуванню одностороння колізійна норма, що відсилає до вітчизняного права.

Даний вид наслідків одержав своє нормативне закріплення у законах Австрії, Бельгії, Буркіна-Фасо, Ліхтенштейна, Португалії, Російської Федерації та інших держав. У ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка закріплює застереження про публічний порядок, також використовується третій спосіб визначення компетентного права: *«... застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України»*³⁵.

І, нарешті, четвертий вид правових наслідків застосування застереження про публічний порядок є результатом поєднання другого та третього способу. В разі, якщо норма іноземного права порушує публічний порядок держави суду, вона не підлягає застосуванню, і в такому випадку має застосовуватися інше

³⁴ Международное частное право: Учебник /Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др. [Текст]; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: ТК Велби. Изд-во Проспект, 2004. – С. 387.

³⁵ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. №2709-ГУ [Текст] //Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №32. – С. 1278

положення обраного іноземного права, тобто підтверджується пріоритет правового зв'язку правовідносин саме з таким іноземним правопорядком, який був обраний колізійною нормою. Лише у випадку, якщо не існує положення обраного іноземного права, наслідки застосування якого не порушували б публічний порядок держави суду, правозастосовний орган має здійснити пошук компетентного права за правилом найбільш тісного зв'язку, і за умови, що такий пошук не дає результату, підлягає застосуванню вітчизняне право. Даний спосіб знайшов відображення, зокрема, у законодавстві Болгарії.

Порівнюючи вищенаведені моделі визначення компетентного права, можна зробити висновок, що третя та четверта моделі, які реалізують критерій найбільш тісного зв'язку, є більш прогресивними, оскільки вони спрямовуються саме на забезпечення балансу між захистом вітчизняного публічного порядку та правовим забезпеченням суспільних відносин з іноземним елементом. Так, зокрема, Є. О. Крутий, характеризує підхід українського законодавця до встановлення наслідків застосування застереження про публічний порядок як найбільш універсальний³⁶.

З іншого боку, ефективність обраних моделей можливо оцінити лише з точки зору практики правозастосування, що є вкрай складним завданням, оскільки на сьогоднішній день застереження про публічний порядок зустрічається у практиці державних судів країн світу вкрай рідко. Так, аналіз не багаточисельної судової практики України свідчить про те, що поки не існує жодного випадку, коли б при застосуванні застереження про публічний порядок суд визначив в якості компетентного право держави іншої ніж Україна. Подібна ситуація має місце і в Російській Федерації. Враховуючи відносно невеликий досвід вітчизняних судів щодо тлумачення та застосування іноземного права, можна стверджувати, що така тенденція може спонукати їх надалі нехтувати волею законодавця та за наявної можливості застосовувати право України у випадках, коли більш сприятливим для врегулювання спірних відносин є право іншої держави. Тому, об'єктивна оцінка тієї чи іншої моделі може бути надана лише на основі теоретичного аналізу та достатнього досвіду її застосування.

Як висновок, видається можливим констатувати, що застереження про публічний порядок окрім пасивної функції обмеження дії колізійної норми виконує також активну функцію – винайдення альтернативного права для врегулювання спірних правовідносин, що ще більше підтверджує колізійний характер інституту публічного порядку.

³⁶ Крутий Е. А. Защитные оговорки в современных кодификациях международного частного права [Текст] // Адвокат. – №4. – С. 136.

THE RELATIONSHIP OF THE NEW YORK CONVENTION 1958 WITH DOMESTIC LAW AND OTHER INTERNATIONAL TREATIES. MORE FAVORABLE LAW

Khrapoutski Alexandre (Belarus)

Partner, advocate SBH Law Office

Article VII (1) regulates the relationship between the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter – NYC) and domestic law, other international treaties. According to Art. VII (1) provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon³⁷. The second part of Art. VII (1), which allows an interested party to rely on a more favorable treaty or domestic law concerning recognition and enforcement instead of the NYC, has become widely known as the «more-favorable-right» provision. In this matter, where the recognition and enforcement is requested, Art. VII (1) guaranties an interested party maximum flexibility to apply national law or other international treaty more favorable to this party than the NYC itself.

Belarus is the Contracting State to the major international Conventions related to recognition and enforcement of the foreign arbitral awards such as: the NYC, the European Convention on International Commercial Arbitration (1961) and the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1965). Both domestic and international arbitral awards can be enforced³⁸.

Article 16 of the Resolution No. 18 of the Plenum of the Supreme Court of the Republic of Belarus 23 December 2014 (as amended on 28.09.2017) states that on the territory of Belarus the recognition and enforcement of the foreign arbitral awards, including the arbitral awards of the CIS countries are recognized and enforced under the NYC³⁹. The participation of the Republic of Belarus in the NYC does not preclude the application of another international treaties related to recognition and enforcement of the foreign arbitral awards on its territory.

Art. 19(1)(c) of the Agreement on Legal Assistance in Civil, Commercial and Criminal Cases between the Republic of Belarus and the Republic of Turkey concluded on 13 March 2012 states that:

³⁷ Art.VII(1) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958);

³⁸ **Sysouev T., Khrapoutski A.** Litigation & Dispute Resolution 2018 // ICLG: Litigation & Dispute Resolution 2018. – 2018, p. 37;

³⁹ Art. 16 of the Resolution No. 18 of the Plenum of the Supreme Court of the Republic of Belarus 23 December 2014 (as amended on 28.09.2017);

«1. According to the Present Agreement each of the Contracting Party shall recognize and enforce the following decisions made in the territory of another Contracting Party:

...

c) *arbitral awards*, rendered on civil and *commercial matters...*»⁴⁰.

In Art. V(2)(b) NYC establishes that recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country⁴¹.

Indeed, according to Art. 248 of the Economic Procedural Code of the Republic of Belarus, the economic court can refuse the recognition and enforcement of a foreign arbitral award if execution would contradict the public policy of the Republic of Belarus⁴².

Article 1 of the Law of the Republic of Belarus of July 9, 1999 «On International Arbitration court» provides that the public policy is the basis of the law and order of the Republic of Belarus⁴³. This definition allows Belarussian courts to interpret «public policy» widely. At the same time, in practice, Belarusian courts apply public policy very rarely. Generally, public policy in Belarus can be described as the fundamental principles of civil law and person's constitutional rights.

Consequently, in the Republic of Belarus the foreign arbitral awards should be recognized and enforced under the NYC. Specifically, particular attention is paid to public policy. If the elements of public interest are involved in the dispute, the commercial court of the Republic of Belarus will refuse to recognize and enforce on its own motion in Belarus.

Article V of the NYC prescribes the grounds for denial of recognition and enforcement of foreign arbitral awards. A country may refuse to recognize and enforce an award only on specified grounds⁴⁴. One of such grounds is annulment of the award by a court of the country in which, or under the law of which, the award was made. The question that has to be answered is how to reconcile Art. V (1)(e) and Art. VII, which provides that a foreign arbitral award is enforceable to the full extent of the laws of the country in which enforcement is sought. The legislative history of the NYC does not discuss the relationship between these two articles.

Current approaches on that issue shows that on the one side the award rather than the annulment must be enforced, because Art. VII (1) uses a mandatory word «*shall*» requiring that national law provides more favorable rights for interested party. From

⁴⁰ Art. 19 (1) of the Agreement on Legal Assistance in Civil, Commercial and Criminal Cases between the Republic of Belarus and the Republic of Turkey concluded on 13 March 2012 (was enacted on 19.04.2018);

⁴¹ Art.V(2)(b) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958);

⁴² paras. 8-9 Art. 248 of the Commercial Procedural Code of the Republic of Belarus on 15 December 1998 (as amended on 09 July 2017);

⁴³ Art. 1 the Law of the Republic of Belarus of July 9, 1999 «On International Arbitration court»;

⁴⁴ Art. V(1)(e) NYC;

the other side Art. V grants courts discretion whether to enforce or to refuse enforcement of annulled awards even if more favorable rights exist under national law.

In case domestic law includes rights more favorable than those prescribed in the NYC, *Ostrowski and Shany*⁴⁵ urge courts to rely more heavily on Art. V than Art. VII (1). They advise enforcing courts, in exercising their Art. V discretion, to consider 1) the grounds asserted against enforcement, 2) the extent of judicial review contemplated by the parties, 3) the national and international policies favoring the enforcement of arbitral awards, 4) the need for uniformity in applying the NYC, and 5) the presumption favoring the recognition of foreign judgements⁴⁶.

*The Chromalloy*⁴⁷, *Baker Marine*⁴⁸, *Spier*⁴⁹ and *Termorio*⁵⁰ cases demonstrate how differently national enforcement courts deal with foreign arbitral awards annulled in their country of origin.

In the *Chromalloy* case the court held that pursuant to Art. VII(1), Chromalloy was entitled to enforcement under the FAA, notwithstanding the Egyptian court nullification and Art. V(1)(e). Unlike the Chromalloy case the Second Circuit's decision in the *Baker Marine* case supports the criticism of the Chromalloy case and refused to enforce an annulled arbitral award. As the US court stated: «*it would not be proper to enforce a foreign arbitral award under the Convention when such an award has been set aside by the Nigerian courts*». As a result, the Second Circuit ignored the mandatory language of Art. VII(1) which requires application of national law more favorable to enforcement.

In the third *Spier* case following *Baker Marine*, the district court refused to enforce the award. In *Termorio* case the Chromalloy's decision was called «*questionable on the merits and distinguishable on the facts*»⁵¹.

As a result, we come to a point that many questions in relation to Art. VII of the NYC exists. Little wonder that Art. VII of the NYC 1958 also comes in for criticism. The next question is whether the NYC should be revised or amended? Here, the two basic approaches presented.

Prof. Dr. Emmanuel Gaillard supports the idea that the NYC should not be revised, and summarizes his position as what he calls the «three NOs»: there is no need, no

⁴⁵ Stephen T. Ostrowski & Yuval Shany, Note, Chromalloy: United States Law and International Arbitration at the Crossroads, 73 N.Y.U.L. Rev. 1650-1693;

⁴⁶ Ibid., at 1687;

⁴⁷ United States / 31 July 1996 / United States, U.S. District Court, District of Columbia / Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt / 94-2339;

⁴⁸ Baker Marine (NIG.) Ltd. v. Chevron (NIG.) Ltd., 191 F. 3d 194 (decided 1999) = YCA XVIII (2000), 159 (US District Court for the Southern District of New York, US);

⁴⁹ Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A., 71 F. Supp. 2d 279 (decided 1999) = YCA XVIII (2000), 159 (US District Court for the Southern District of New York, US), n.7, at I.8-55 (citing Ostrowski & Shany, n. 24, at 1670-1673);

⁵⁰ Termorio S.A. E.S.P. v. Electrificadora Del Atlantico S.A. E.S.P., 421 F. Supp. 2d 87 (decided 2006) = YCA XXXI (2006), 1457 (US District Court for the District of Columbia, US), affirmed 487 F.3d 928 (decided 2007) (US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, US), at 101-103;

⁵¹ Termorio S.A. E.S.P. v. Electrificadora Del Atlantico S.A. E.S.P., 421 F. Supp. 2d 87 (decided 2006) = YCA XXXI (2006), 1457 (US District Court for the District of Columbia, US), affirmed 487 F.3d 928 (decided 2007) (US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, US), at 98;

hope, and no danger⁵². *Linda J. Silberman* is on the other side of the fence. She states the deficiencies of the NYC, and asserts that there are areas in which the Convention has failed to create harmony, including the treatment of awards that have been set aside by the arbitral seat⁵³.

In summary, Art. VII (1) is a Achilles' heel of the NYC: from the one side one of the goals of the NYC is to facilitate the enforcement of arbitral awards, from the other side the ambiguities are still exist and as a result an interpretation of it is not universal.

⁵² Emmanuel Gaillard, *The Urgency of Not Revising the New York Convention in 50 Years of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 14, Dublin, A.J. van den berg ed., Kluwer Law International, 689 (2009);

⁵³ Linda Silberman, *The New York Convention After Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law* GA. J. INT'L & COMP. L. Vol 38:255 2009 pp. 26-46;

КОНЦЕПТУАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВИЗНАННЯ І ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ ЩОДО СПОРІВ ІЗ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Король В. І. (Україна)

*доктор юридичних наук, завідувач відділу міжнародного приватного права
та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України*

В умовах розгортання різновекторних нелінійних трендів на глобальному та регіональному рівнях у сфері міжнародних економічних відносин, застосування вже не одне десятиліття переважною більшістю держав світу певних міжнародних договорів відіграє важливу роль стабілізуючого чинника. На сучасному етапі аксіоматичним можна вважати твердження, що Нью-Йоркська Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень (далі – *Нью-Йоркська Конвенція*) є дієвим правовим інструментом, який тривалий період сприяє розвитку транскордонної торгівлі, що, водночас, не позбавляє актуальності розкриття особливостей її застосування як у концептуально-правовій, так і прикладній площинах.

Нью-Йоркська Конвенція не містить імперативних норм, які передбачали б її пріоритетне застосування щодо актів національного законодавства країни суду або міжнародних договорів такої країни, що зумовлює можливість застосування закріплених у них більш м'яких норм, якими регулюються аналогічні відносини. У цьому контексті варто згадати, що на тридцять дев'ятой сесії Комісії ООН з права міжнародної торгівлі було схвалено Рекомендацію щодо тлумачення двох норм Нью-Йоркської Конвенції, а саме п. 2 ст. II – щодо офіційного автентичного тлумачення терміну «письмова угода», та п. 1 ст. VII, де закріплено застереження про більш сприятливе право. Квінтесенція другого аспекту полягає у тому, що саме норми такого права підлягатимуть застосуванню в інтересах сторони, яка намагається здійснити визнання та виконання рішення міжнародного арбітражу, якщо відповідні вимоги є більш м'якими у порівнянні з нормами Нью-Йоркської Конвенції. Конкретизуючи наведену тезу, зазначимо, що у Рекомендації ЮНСІТРАЛ наголошено на доцільності застосовування п. 1 ст. VII з метою визнання дійсності такої угоди таким чином, щоб надати будь-якій зацікавленій стороні можливість реалізувати ті права, які вона може мати відповідно до міжнародних договорів або актів національного законодавства тієї країни, де розглядатиметься заява, що ґрунтується на арбітражній угоді⁵⁴.

⁵⁴ Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by The United Nations Commission on International Trade Law on July 2006 at its thirty-nine session. URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf>.

Виходячи з того, що не усі акти міжнародного комерційного арбітражу можуть визнаватись саме як «рішення», проблему коректної кваліфікації може бути належним чином вирішено компетентними національними судами не лише шляхом автономного тлумачення Конвенції, яка містить систему уніфікованих матеріальних і процесуальних норм. При цьому актуалізується необхідність застосування іманентного для міжнародного приватного права колізійного методу регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

Розглядаючи це питання у більш широкому контексті договірних правовідносин, зазначимо, що у листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.05.2013 №24-754/0/4-13 «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» наголошено, що при з'ясуванні обставин, які впливають із зобов'язальних правовідносин за участю іноземного елемента вирішальне значення має вибір права, яким регулюються ці правовідносини⁵⁵. При цьому варто окреслити стійку тенденцію, сутність якої полягає у тому, що для вітчизняних суб'єктів господарювання не є усталеною практикою при укладенні зовнішньоекономічних контрактів або їх подальшому виконанні реалізовувати свої права, які ґрунтуються на одному із фундаментальних принципів МПРП – «автономії волі сторін» (*lex voluntatis*).

Зовнішньоекономічний договір (контракт) є терміном характерним для законодавства, понятійно-термінологічного апарату правової науки пострадянських держав, де набуває поширення застосування як синонімічного терміну міжнародний комерційний контракт, якому, водночас, притаманні певні відмінності. Застосування терміну «зовнішньоекономічний договір» мало місце також у законодавстві Китаю, де до набрання чинності у 1999 р. Закону КНР «Про договори» (*Contract Law of the People's Republic of China*)⁵⁶, діяло три спеціальні закони, одним із яких був Закон КНР «Про зовнішньоекономічні договори» (*People's Republic of China Foreign Economic Contract Law*)⁵⁷.

У багатосторонніх міжнародних договорах України, зокрема, Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг, Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг критерієм визнання відповідного поіменованого договору (контракту) «міжнародним» є не «національна належність» сторін, а місцезнаходження

⁵⁵ Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.05.2013 №24-754/0/4-13 «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v-754740-13>.

⁵⁶ Contract Law of the People's Republic of China (Adopted at the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999 and promulgated by Order No. 15 of the President of the People's Republic of China on March 15, 1999). URL: http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_2741_0_7.html.

⁵⁷ People's Republic of China Foreign Economic Contract Law (1) *або* Law of the People's Republic of China on Economic Contracts Involving Foreign Interests (2) *або* Law of the People's Republic of China on Foreign-related Economic Contracts (3) (Adopted at the Tenth Session of the Standing Committee of the Sixth National People's Congress, promulgated by Order No.22 of the President of the People's Republic of China on March 21, 1985, and effective as of July 1, 1985) URL (1): <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1076&context=bjil>, URL (2): <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/china3&div=21&id=&page>, URL(3): <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/lotprococfec615/>.

їх комерційних підприємств (*place of business* – постійне місце здійснення комерційної діяльності) у різних державах. В інституційно-правовій площині подібний критерій передбачено у законодавстві України щодо функціонування міжнародного комерційного арбітражу, до якого сторони можуть передавати спори при здійсненні міжнародної економічної діяльності⁵⁸, якщо комерційне підприємство хоча б однієї з них знаходиться за кордоном.

При визначенні сфери застосування наведених вище та інших конвенцій, Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА безпосередньо в їх текстах і коментарях конкретизовано й концепцію «комерційного договору», який, у свою чергу, не вважатиметься «міжнародним» лише у випадку відсутності у договірних правовідносинах іноземних елементів⁵⁹.

Відсутність волевиявлення сторін контракту проявляється, у тому числі, в тому, що сторони не реалізують існуюче у них право вибору компетентного правопорядку, що підлягатиме застосуванню до питань, пов'язаних із арбітражним розглядом справи. При цьому варто звернути увагу на відсутності як доктринальних, так і законодавчих підстав для ототожнення декількох компетентних правопорядків, одним із яких може виступати зобов'язальний статут зовнішньоекономічного контакту.

У доктрині міжнародного приватного права під сферою дії зобов'язального статуту зовнішньоекономічного контракту розуміються межі застосовуваного до контракту права, насамперед, країни однієї зі сторін договору або право третьої країни. У процесі вирішення спорів, які виникли із міжнародних комерційних контрактів, такий статут можуть складати норми права (*rules of law*), розроблені на позадержавному рівні у процесі уніфікації матеріальних норм договірної права та закріплені у джерелах транснаціонального торгового права *lex mercatoria*. У МПрП різних країн сфера дії зобов'язального статуту охоплює варіативне коло питань, яким, водночас, притаманна спільна ознака – нерозривний зв'язок з правами і обов'язками сторін контракту. Україна належить до групи країн, в яких законом⁶⁰ визначено сферу дії зобов'язального статуту, яка охоплює: дійсність і наслідки недійсності договору, його тлумачення, виконання договору, наслідки невиконання або неналежного виконання, припинення договору, відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором.

У розвиток наведеного доцільно акцентувати увагу на тому, що навіть визначення сторонами належним чином зобов'язального статуту

⁵⁸ Для цілей цієї статті такий транскордонний феномен як «міжнародна економічна діяльність» розглядається у приватноправовому вимірі, що не є тотожним відносинам публічно-правового характеру між державами або міжнародними економічними організаціями, що регулюються нормами міжнародного економічного права.

⁵⁹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. P. 1-2. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

⁶⁰ У Європейському Союзі – актом вторинного законодавства – Регламентом «Рим I» (Regulation (EC) No593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rom I)).URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>.

зовнішньоекономічного контакту, система матеріальних норм якого підлягатиме застосуванню безпосередньо до договірних відносин та вирішення спору (*lex causae*), не створює правових передумов для застосування його норм судами також з метою розв'язання колізійних питань щодо арбітражного процесу. За відсутності вибору сторін судді мають право застосувати колізійні норми, які містять багатосторонні колізійні прив'язки, насамперед, права країни суду (*lex fori*) або місця арбітражу (*lex arbitri*).

Розглядаючи питання співвідношення норм Нью-Йоркської Конвенції та норм національного права, варто зазначити, що (поза аксіоматичним аспектом пріоритету норм Конвенції у випадку існування колізій) норми національного права підлягатимуть субсидіарному застосуванню⁶¹. Концептуально-правові засади такого субсидіарного застосування відповідають цілком усталеному у міжнародному приватному праві алгоритму, який актуалізується щодо декількох сегментів відносин, по-перше, тих, які не регулюються Конвенцією, по-друге, щодо яких закріплено бланкетні норми, які відсилають у загальній або цілком конкретній диспозиції норми до процесуальних норм національного права. Навряд чи можна вважати суттєвою особливістю те, що відсилання також може здійснюватися й до матеріальних норм, що має місце, наприклад, у ч. 3 ст. I Нью-Йоркської Конвенції, де йдеться про застереження щодо торговельного характеру договірних або інших правовідносин, які підлягають офіційному тлумаченню саме як «торговельні правовідносини» відповідно до вимог національного законодавства.

Нью-Йоркською Конвенцією передбачено вичерпний перелік підстав для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражних рішень, де тягар надання відповідних належних доказів покладено на відповідача, процесуальний статус якого може набувати й держава в особі її органів. Ілюструючи наведену тезу, можна навести ухвалу Печерського районного суду м. Києва від 08.06.2015 р., якою надано дозвіл на примусове виконання рішення від 14.01.2015 р. (винесеного Надзвичайним арбітром Р. Дольцером за Арбітражним Регламентом Торговельної палати міста Стокгольм за Арбітражним розглядом №ЕА/2015/002) за позовом J K X O I L & G A S P L C, P O L T A V A G A S B . V . та СП «Полтавська газонафтова компанія» до держави України в особі Міністерства юстиції України, яким боржника зобов'язано вчинити певні дії⁶². Останньою ухвалою апеляційного суду м. Києва від 17.05.2016 р. ухвалу Печерського районного суду м. Києва від 08.06.2015 р. залишено без змін. У свою чергу, Колегією суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ Ухвалу апеляційного суду м. Києва від 17.05.2016 р. скасовано та справу передано на новий розгляд до

⁶¹ Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. : пособие для судей / Междунар. совет по коммерч. арбитражу. М. : Инфотропик Медиа, 2012. С. 25-26.

⁶² Справа №757/5777/15-ц. ДжейКейІкс ОЙЛ енд ГЕС ПівЕлСі (J K X O I L & G A S P L C), Полтава Гес Б.В. (P O L T A V A G A S B . V .) та СП «Полтавська газонафтова компанія» в держава Україна. Печерський районний суд міста Києва, [08 червня 2015 р.], URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45009594>.

суду апеляційної інстанції. При обґрунтуванні власної правової позиції судом касаційної інстанції підкреслено, що суд не звернув уваги на підпункт «b» ч. 1 ст. V Нью-Йоркської конвенції, в якій зазначено, що у приведенні до виконання арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо сторона, проти якої винесено рішення, не була належним чином повідомлена про призначення арбітра або про арбітражний розгляд, або з інших причин не могла надати свої пояснення⁶³.

Поряд із передбаченими у ч. 1 ст. V Нью-Йоркської конвенції підставами для відмови, встановлення двох інших підстав – об’єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду та ризик порушення публічного порядку внаслідок визнання і приведення до виконання рішення арбітражу віднесено до компетенції суду, який має діяти *ex officio*. У цьому контексті заслуговує на увагу цікава справа, в якій у 2017 році Южним міським судом Одеської області було винесено ухвалу про визнання та надання дозволу на примусове виконання часткового арбітражного рішення Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма про стягнення з ПАТ «Одеський припортовий завод» на користь кіпрської компанії *Oscchem Holding Limited* неоспорюваного непогашеного основного боргу в розмірі 5240997234,04 грн. та неоспорюваної нарахованої пені в розмірі 1 572 299 170,32 грн⁶⁴. Пізніше цю ухвалу місцевого суду було залишено без змін Апеляційним судом Одеської області.

У свою чергу, в постанові Верховного Суду, як касаційної інстанції, від 27.06.2018 р. акцентовано увагу на тому, що суди першої та апеляційної інстанцій у своїх рішеннях не дали оцінки питанню щодо дотримання публічного порядку України та арбітрабельності спору, розглянутого міжнародним арбітражем у цій справі. Суди помилково вважали, що дослідження цих питань перебуває поза межами їх процесуальних обов’язків, застосувавши принцип диспозитивності судового процесу, що не підлягає поширенню на спірні правовідносини під час вивчення наведених питань. Дослідження наведених питань є не стільки правом, скільки безпосереднім обов’язком суду держави, в якій заявлено клопотання про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу за правилом ч. 2 ст. V Нью-Йоркської конвенції. Отже, Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду постановив Ухвалу Южного міського суду Одеської області від 06.03.2017 р. та ухвалу Апеляційного суду Одеської області від 10.05.2017 р. скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду першої інстанції⁶⁵.

⁶³ Справа №757/5777/15-ц: ДжейКейІкс ОйЛенд ГЕС ПіЕлСі (JKX OIL & GAS PLC), Полтава Гес Б.В. (POLTAVA GAS B.V.) та СП «Полтавська газонафтова компанія» в держава Україна в особі Міністерства юстиції України. Колегія суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [2 листопада 2016 р.]. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62524805>.

⁶⁴ Справа №519/15/17, ПАТ «Одеський припортовий завод» в *Ostchem Holding Limited* (Республіка Кіпр), Южний міський суд Одеської області, [06 березня 2017 р.], URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65321869>.

⁶⁵ Справа №519/15/17, провадження №61-12619св18, ПАТ «Одеський припортовий завод» в *Ostchem Holding Limited* (Республіка Кіпр), Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду [27 червня 2018 р.] URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75717009>

Поза окресленим вище процесуальним аспектом в частині тягара доказування, покладеного на відповідача, а також другим, який стосується переліку необхідних документів, що додаються до клопотання (передбачено у пп. а,б п.1 ст. IV – автентичне арбітраже рішення та арбітражна угода або їх належним чином завірені копії), процедура визнання і виконання арбітражного рішення визначається процесуальним законодавством країни суду, що чітко передбачено у ст. III Нью-Йоркської конвенції. Отже, у випадку подання заяви про визнання та приведення до виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу на території України відповідно до вимог вітчизняного законодавства підлягають вирішення питання щодо інстанційної юрисдикції (п. 3 ст. 23 Цивільного процесуального кодексу України), порядку і строків подання заяви про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, форми, змісту і порядок розгляду такої заяви та інші питання тощо (ст. 474-478 ЦПК України).

Одним із важливих концептуально-правових питань є право сторін зовнішньоекономічних контрактів на звернення до судових органів за наявності арбітражного застереження та належні дії суду у випадку подання позовної заяви з дотриманням вимог процесуального законодавства. У даному контексті ключові положення Нью-Йоркської Конвенції можна піддати детальному аналізу, водночас, у межах даної статті достатнім вбачається навести репрезентативну позицію професора А.Я. ван ден Берга (*Albert Jan van den Berg*), який фокусує увагу на таких ключових аспектах:

а) у суду відсутнє право припинити провадження у справі та за власною ініціативою направити сторони контракту, між якими виник спір, до арбітражу, навіть за наявності арбітражної угоди, але за відсутності заяви однієї із сторін про передачу спору до арбітражу;

б) за наявності заяви однієї із сторін про передачу спору до арбітражу відповідно до арбітражної угоди – у суду відсутні дискреційні повноваження щодо направлення або ж не направлення сторін контракту до арбітражу;

в) Нью-Йоркська Конвенція містить прогалину щодо граничного терміну подачі відповідної заяви, яка підлягає усуненню шляхом застосування норм процесуального законодавства країни суду⁶⁶. У законодавстві України, зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 №4002-XII такий термін визначено як не пізніше подання першої заяви щодо суті спору.

Волевиявлення суб'єкта приватного права є важливою, але не самодостатньою підставою для направлення органом судової влади сторін спору до міжнародного комерційного арбітражу. Для цього має виконуватись ціла низка вимог, зокрема, об'єкт спору може бути предметом арбітражного розгляду, спір підпадає під умови арбітражної угоди, таку угоду укладено у письмовій формі.

⁶⁶ Albert Jan van den Berg (President, Netherlands Arbitration Institute, Rotterdam). The New York Convention of 1958: An Overview. P.10. URL: https://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf.

Поряд із цим однією із обов'язкових вимог є дійсність арбітражної угоди, не втрата нею чинності та можливість її виконання. Так, зокрема, арбітражна угода не може бути виконана, якщо сторони неправильно виклали назву третейського суду або зазначили арбітражну установу, якої не існує⁶⁷.

Аналіз судової практики щодо застосуванні норм ще «дореформеного» Господарського процесуального кодексу України дозволяє виявити існування стійкого тренду. Його сутність полягала у прийнятті місцевими господарськими судами різних регіонів України ідентичних ухвал, обґрунтованість яких з процесуально-правової точки зору слід вважати дискусійними. Отже, місцевими господарськими судами неодноразово приймалися ухвали щодо відмови у прийнятті позовної заяви за наявності у зовнішньоекономічних контрактах арбітражної угоди на підставі п. 1 ч. 1 ст. 62 ГПК України, тобто, обґрунтовувалась непідвідомчість справ (заява, ніби то, не підлягала розгляду в господарських судах України)⁶⁸. При цьому в матеріалах Вищого господарського суду України дійсно зазначалось, що наявність арбітражної угоди унеможливорює вирішення спору у господарському суді, оскільки сторони домовилися про вирішення спору іншим органом⁶⁹. Водночас, таким висновком правова позиція ВГСУ не вичерпувалась, що зумовлювало необхідність його тлумачення у системному зв'язку з іншими роз'ясненнями.

Здійснюючи узагальнення судової практики, у тому числі, щодо вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів, Вищий господарський суд України слушно посилався на ст. II Нью-Йоркської Конвенції та неодноразово наголошував на тому, що встановлення факту недійсності арбітражної угоди, втрати нею чинності або неможливості виконання є можливе виключно за результатами судового засідання. Внаслідок цього суди не повинні відмовляти у прийнятті позовної заяви на підставі п. 1 ч. 1 ст. 62 ГПКУ, а повинні приймати до провадження справи, у яких є арбітражна угода та

⁶⁷ Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України від 31.05.2002 р. №04-5/608 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02.

⁶⁸ Оскільки кількість справ з винесенням господарськими судами ухвал про відмову в прийнятті позовів за наявності арбітражних угод є суттєвим, наведений перелік є репрезентованим та носить ілюстративний характер: Справа №907/970/13, ДП «Закарпатське обласне управління лісгосподарських агропромислових господарств» (Україна) v Adwin Holdings Lt (Kinp), Господарський суд Закарпатської області, [26.09.2013], URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33715567>; Справа №916/3138/14, ПП «Міханіки Україна» (Україна) v SMICOMPLEX UK LTD (Великобританія), Господарський суд Одеської області, [11 серпня 2014 р.], URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40125835>; Справа №909/805/16 Фізична особа-підприємець ОСОБА_1(Україна) v Green-Gowan Kft (Угорщина), Господарський суд Івано-Франківської області [26 вересня 2016 р.], URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61563182>.

⁶⁹ Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 12.03.2009 р. №01-08/163 «Про деякі питання, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів України у другому півріччі 2008 року щодо застосування норм Господарського процесуального кодексу України» (ч. 3 п. 18). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v-754740-13>.

після вирішення зазначених питань вирішувати питання щодо можливості припинення провадження у справі на підставі п. 1 ч. 1 ст. 80 ГПКУ^{70, 71}.

Внесення у 2017 р. змін до Господарського процесуального кодексу України та викладення його у новій редакції певним чином модернізує та оптимізує концептуально-правові засади щодо цього аспекту. При цьому доцільно акцентувати увагу, що у законодавчій площині у ст. 175 чинного ГПК України відсутня відповідна підстава для відмови у відкритті провадження у справі. Внаслідок цього, забезпечуючи дотримання вимог п. 2 ст. II Нью-Йоркської Конвенції та ч. 1 ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», господарський суд залишатиме позов без розгляду, якщо визнає, що арбітражна угода є дійсною, не втратила чинності та може бути виконана. Такі дії суду матимуть правомірний характер за умови, передбаченої у п. 7 ч. 1 ст. 226 ГПК України, що від відповідача не пізніше початку розгляду справи по суті, але до подання ним першої заяви щодо суті спору надійшли заперечення проти вирішення спору в господарському суді.

Підводячи підсумок викладеному вище не стільки у формально-правовій, скільки в аксіологічній (ціннісній) площині, доцільно зазначити, що дієвість та «квазіпенсійний» вік такого важливого інструменту уніфікації правових норм у сфері міжнародної торгівлі як Нью-Йоркська Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. заслуговує на повагу з боку вже не одного покоління представників транскордонного бізнесу, суддів та арбітрів, адвокатів та вчених-правознавців. Не обмежуючись цією «ювілейною» констатацією, у прогностичній площині можна змодельовати, що не лише у короткостроковій, а й у довгостроковій перспективі ця Конвенція зберігатиме дієвий регулятивний вплив. Втрата такого впливу у майбутньому може бути зумовлена лише кардинальними руйнівними трансформаціями глобального торговельного правового порядку, що є одним із ймовірних сценаріїв майбутнього, який, сподіватимемося, не буде реалізовано у власних інтересах певними суб'єктами, які системно впливають на суспільні процеси не тільки в окремих державах, а й на глобальному рівні.

⁷⁰ Там само, ч. 5 п. 18.

⁷¹ Вищий господарський суд України «Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів» від 01.01.2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001600-09>.

АРБІТРАЖНА УГОДА («CLAUSULA ARBITRIOSA») В МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ: ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА ЗМІСТ

Волощук О.Т. (Україна)

*кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри міжнародного
та митного права Чернівецького юридичного інституту Національного
університету «Одеська юридична академія»*

Гетманцев М.О. (Україна)

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ приватного
права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Актуальність теми дослідження. Арбітражна угода («*clausula arbitriosa*») є важливим атрибутом арбітражного процесу та міжнародного комерційного арбітражу в цілому. По-перше, вона є правовою основою і правовим джерелом компетенції арбітражу розглядати конкретний спір, а, по-друге, умовою дійсності і юридичної сили винесеного по цьому спору арбітражного рішення. Зважаючи на це, вважаємо, що розробка доктринального поняття арбітражної угоди та способів її укладення, а також використання теоретичних здобутків в процесі правотворення є надзвичайно важливими, оскільки від того, наскільки чітко окреслені межі арбітражної угоди залежить якість та адекватність правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності, ефективність застосування іноземних та національних норм права юрисдикційними органами. Безумовно, усі ці питання вимагають більш ґрунтовного наукового аналізу та дослідження.

Ступінь наукової розробки проблеми. Нині наукові дослідження у галузі організації та діяльності міжнародного комерційного арбітражу активізувались. Зокрема даному питанню присвячені праці таких учених, як С. Бонд, М. Вольф, М. Давіес, О. Довгерт, В. Комаров, Т. Кисельова, Ф. Кейлін, Р. Мюллерсон, І. Побірченко, Ю. Притика, Т. Сліпачук, А. Тинель, Ж. Тускоз, Г. Цірат, А. Фроланд, К. Шмітгофф та ін. На особливу увагу заслуговує монографія М. Мальського «Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти», у якій проведено комплексний аналіз природи та сутності арбітражної угоди в міжнародному комерційному арбітражі у загальнотеоретичній та практичній площині. Разом із цим сучасні тенденції розвитку інституту міжнародного комерційного арбітражу надзвичайно актуалізують проведення нових наукових досліджень у даній сфері. Це стосується, безумовно, арбітражної угоди як ключової категорії інституту міжнародного комерційного арбітражу. Відповідно **мета даної статті** полягає у з'ясуванні сутності, природи та змісту арбітражної угоди як правової основи і джерела компетенції арбітражу розглядати конкретний спір, що виникає у зовнішньоторговельній практиці.

Виклад основного матеріалу. Останнім часом, як відомо, усе більше учасників зовнішньоекономічної діяльності при виникненні спорів чи навіть вже на стадії укладення зовнішньоторговельного контракту (тобто ще до моменту виникнення спору) звертають увагу на альтернативні способи вирішення спорів, серед яких найбільшим попитом користується міжнародний комерційний арбітраж. Однак звернення до цього способу врегулювання спорів має бути належним чином оформлене у вигляді арбітражної угоди («*clausula arbitriosa*»), у якій фіксується обопільна згода сторін про виключення юрисдикції державного суду та вирішення спору шляхом звернення до міжнародного комерційного арбітражу (далі – МКА). В протилежному випадку – за відсутності такої згоди – про арбітраж не може йтися. Тому виправдано «*clausula arbitriosa*» посідає центральне місце в інституті міжнародного комерційного арбітражу [1, с. 129]. Разом з цим учасники зовнішньоторговельного обороту у процесі укладення як контракту, у якому міститься умова про арбітражний порядок вирішення спорів, так і власне арбітражної угоди досить часто не надають їй належного значення. Це на практиці призводить до того, що компетенція арбітражу на розгляд того або іншого конкретного спору оспорується на підставі недійсності самої угоди про арбітраж. Щоб уникнути цього необхідно чітко усвідомити, що таке арбітражна угода, і які вимоги пред'являються до її змісту.

Великий юридичний словник дає наступне визначення: арбітражна угода (англ. *arbitration agreement*) – це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-яким конкретними правовідносинами, незалежно від того, мали чи мають вони договірний характер, чи ні [2]. Юридичний словник Дюхейма, арбітражну угоду визначає як договір між двома та більше сторонами про передачу спору в арбітраж [3]. Всесвітній юридичний словник розкриває арбітражну угоду як угоду про передачу будь-яких судових позовів між двома сторонами, особливо між роботодавцем і працівником, в арбітраж, а не в суд [4]. Примітно, що більшість юридичних словників та енциклопедичних видань взагалі не містять визначень арбітражної угоди. Це стосується як вітчизняних, так і зарубіжних видань. Щодо міжнародно-правових та національно-правових актів про МКА, то їхній аналіз засвідчує, що арбітражна угода визначається в них однотипно: угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-яким конкретними правовідносинами, незалежно від того, мали чи мають вони договірний характер, чи ні. Зокрема, таке визначення містить Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Більш розгорнуті визначення можна зустріти в доктрині міжнародного комерційного арбітражу. Так, російський учений С.В. Ніколюкин акцентує увагу при визначенні арбітражної угоди на тому, що це: дво-або багатостороння угода (договір); засіб захисту прав; угода, яка укладається між особами, які зв'язані цивільними правовідносинами; взаємна оплатна угода [5]. Так наприклад, Ю.Д. Притика [6, с. 168] арбітражну угоду визначає як угоду сторін про

передачу в арбітраж всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з якими-небудь конкретними правовідносинами, незалежно від того, носили вони договірний характер чи ні (фактично відтворюючи нормативне визначення). Більш лаконічно визначає дане поняття Г. К. Дмитрієва: «арбітражна угода – це угода про те, що спори, які вже виникли або можуть виникнути в майбутньому між сторонами, будуть передані на розгляд третейського суду» [7, с. 30]. Інший фахівець у галузі МКА шведський вчений Л. Хойман вважає, що арбітражна угода – це домовленість між двома чи більше сторонами щодо передачі майбутнього чи вже існуючого спору на вирішення арбітрами з метою отримання в результаті остаточного та зобов'язуючого рішення [8]. На зобов'язальному характері арбітражної угоди при визначенні її природи та сутності наполягає також вітчизняний вчений М.М. Мальський: «арбітражна угода повинна мати зобов'язальний характер для того, щоб сторони могли досягнути бажаного результату у формі зобов'язального остаточного рішення» [9, с. 179]. Погоджуючись, що така риса є обов'язковою для арбітражної угоди, усе ж потрібно враховувати, як видається, те, що примус у традиційному (загальноприйнятому) розумінні не може мати місця у арбітражі, враховуючи його виникнення як механізму пошуку компромісу між сторонами. З цих міркувань, існування арбітражної угоди між сторонами слід сприймати як наявність певного специфічного роду примусу, який можна визначити як «опосередкований» (чи непрямий). На унікальність арбітражної угоди вказує Г.А. Цірата, який вважає, що вона є угодою *sui generis*, тобто угодою унікального правового статусу, що містить елементи договірної угоди щодо свого виникнення і процесуальні елементи щодо свого юрисдикційного характеру [10, с. 41].

З урахуванням наведеного можна виокремити кілька **специфічних рис арбітражної угоди**: (1) засіб захисту прав – арбітражна угода, будучи цивільно-правовим договором, на відміну від інших угод, спрямована на захист суб'єктивних цивільних прав учасників зовнішньоекономічної угоди, таке право на захист реально починає «функціонувати» в момент порушення або оспорування суб'єктивних цивільних прав [11, с. 216]; (2) цивільно-правова угода (дво- чи багатостороння), що має практичні правові наслідки; (3) угода, яка укладається між контрагентами вже пов'язаними приватноправовою угодою; (4) угода, в якій зафіксовано згоду на розгляд спору в міжнародному комерційному арбітражі та одночасно відмову від звернення до державного суду; (5) угода з особливим правовим статусом (автономний характер). Отже, з аналізу наведених дефініцій арбітражної угоди можна зробити висновок про те, що більшість учених однакові в тому, що це угода унікального порядку, яка передбачає застосування арбітражного порядку вирішення спорів і, як наслідок, виключення можливості розгляду цих спорів державними судами. Проте у доктрині існують різні підходи до визначення видів арбітражної угоди. Крім цього, часто використовуються різні терміни для позначення цієї категорії: «арбітражна угода» та «третейська угода» («третейський запис»). Ці терміни слід розуміти як тотожні, оскільки «арбітраж» (arbitrage) у перекладі з французької

мови означає «третейський суд», відповідно «арбітражний» перекладається, як «третейський».

Більшість авторів виділяють два **види** арбітражних угод: **арбітражне застереження** й **третейський запис**. Л.А. Лунц проводить розходження за часом укладення. Так, якщо угода про передачу справи до третейського суду укладається між сторонами щодо спору, що вже виник, то вона називається **третейським записом** (*compromis*). Умова про передачу справи в арбітраж на випадок імовірного майбутнього спору, що включається до зовнішньоторгівельного контракту, називається **застереженням про арбітраж** (*clause compromissoire*) [11, с. 810].

М.М. Богуславський пропонує розрізняти види арбітражних угод залежно від способу їхнього закріплення. Зокрема, арбітражна угода може бути укладена у вигляді умови в контракті, що одержала назву **арбітражного застереження**, або у вигляді окремої угоди, що часто називається **третейським записом** [12].

Л. П. Ануфрієва, крім перших двох, виділяє третій вид арбітражної угоди. **Арбітражна угода *proprio vigore*** (у власному розумінні слова) може бути укладена сторонами за договором за тією ж датою, що й основний контракт, або в будь-який час після цього, не чекаючи виникнення розбіжностей або спору, у вигляді окремого документа, що стосується арбітражу [13, с. 30–31].

Деякі автори виділяють і інші види арбітражних угод. Наприклад, **арбітражний договір** – це самостійна угода між сторонами про арбітражний розгляд спорів, які можуть виникнути в майбутньому у зв'язку з яким-небудь контрактом або групою контрактів, укладених між цими сторонами; **арбітражне застереження** – це угода сторін контракту про арбітражний порядок вирішення спорів, включена в договір як одна з його умов; **третейський запис** (або **компроміс**) – це окрема від контракту угода між сторонами про розгляд в арбітражному порядку спору, що вже між ними виник [14, с. 37].

Як показує практика, контрагенти зі зовнішньоекономічних угод зрідка укладають третейський запис, надаючи перевагу арбітражній угоді у вигляді застереження, котре включається до контракту. За підрахунками зарубіжних вчених уже в 60-х рр. минулого століття в середньому близько 80 % укладених договорів містили арбітражні застереження [15, с. 54].

До цього контрагентів спонукає, перш за все, бажання визначити спосіб вирішення можливих спорів, місце та орган, котрий буде розглядати їхній спір за правилами, які наперед відомі контрагентам. Типові арбітражні застереження до контрактів розроблені такими відомими арбітражними центрами, як Міжнародна торгова палата, Арбітражний інститут торгової палати міста Стокгольм тощо [16].

Проте, як би не класифікували арбітражні угоди дослідники та вчені, всі види арбітражних угод за своєю суттю практично нічим особливим не відрізняються; вони представляють собою три види одного і того ж явища – угоди сторін про арбітражний порядок розгляду спору. До того ж, як внутрішнє законодавство, так і міжнародні договори не проводять ніякої юридичної різниці між

окремими видами арбітражних угод, користуючись терміном «арбітражна угода». Так, у ФРН угода про передачу спору на розгляд арбітражу може укладатися як відносно наявних спорів, так і спорів, котрі можуть виникнути у майбутньому. Угода про арбітражний розгляд спорів, котрі можуть виникнути в майбутньому, за параграфом 1026 Статуту Німецького цивільного судочинства не має юридичної сили, якщо вона не стосується визначеного правовідношення та спорів, котрі з них випливають. В Англії, згідно положень закону про арбітраж 1950 року (в редакції 1979 р.), арбітражною угодою вважається письмова угода про передачу теперішніх чи майбутніх спорів у арбітраж. Федеральний закон США про арбітраж 1925 р. Також визнає обидва види арбітражних угод.

В деяких країнах історично склалося так, що сторони зверталися у арбітраж переважно за допомогою третейського запису; тому в цих країнах законодавство відносно недавно визнало арбітражні застереження. Так, у Франції арбітражне застереження визнали у 1925 р. і тільки з комерційних справ. Тепер нове арбітражне законодавство Франції застосовує термін «арбітражна угода» (*les conventions d'arbitrage*) для визначення родового поняття, яке охоплює як арбітражне застереження, так і третейський запис (*compromis*). У Канаді (провінція Квебек) арбітражне застереження визнали лише з 1966 р., коли вступив у дію ЦПК Квебеку [16].

Слід відмітити, що рівнозначне відношення до арбітражного застереження та третейського запису характерно для законодавства більшості сучасних зарубіжних країн. Хоча і з цієї загальної тенденції є певні виключення. Наприклад, специфічне, архаїчне, на погляд Ю.Д. Притики, відношення до арбітражного застереження існує та існувало в країнах Латинської Америки: Аргентині, Бразилії, Венесуелі, Панамі, Гондурасі, Еквадорі. У відповідності із законодавством цих країн арбітражне застереження не є належною умовою для порушення арбітражного розгляду спору. Сторони, що бажають передати спір, який між ними виник, на розгляд в арбітраж, обов'язково повинні укласти письмову угоду про врегулювання спору в арбітражному порядку, котра у ряді випадків має бути нотаріально завірена. Це правило діє навіть тоді, коли у контракті, з приводу якого виник спір, міститься арбітражне застереження. Невиконання даної вимоги може призвести до усунення арбітражного порядку, а спір буде розглядатися державним судом. Відповідно, в цих країнах арбітражне застереження трактується лише як договірна умова, для виконання якої сторони, у випадку виникнення спору, зобов'язуються укласти угоду про арбітраж.

Розвиток міжнародної торгівлі, поширення комерційних зв'язків між країнами Латинської Америки та іншими країнами світу, просунення іноземних інвестицій на цей континент потребувало приведення законодавства про міжнародний комерційний арбітраж даних країн у відповідність до міжнародно-визнаних принципів, котрі закріплені у Типовому законі ЮНСІТРАЛ [17, с. 113–126] та Нью-Йоркській конвенції 1958 р. [18]. В результаті чого почалась реформа законодавства про арбітраж в деяких країнах Латинської Америки.

Відповідно, можна зробити висновок, що для сучасного законодавства різних країн про міжнародний комерційний арбітраж характерне застосування єдиного підходу до регулювання різних видів арбітражних угод.

Не менш важливим питанням при з'ясуванні поняття та природи арбітражної угоди є питання про її зміст. Проведений аналіз правової доктрини та арбітражної практики укладення арбітражних угод дозволяє зробити висновок про те, що до істотних умов арбітражної угоди необхідно віднести: виведення певних спорів із-під юрисдикції державних судів та домовленість про передачу цих спорів на вирішення арбітражу (домовленість про арбітражний розгляд); визначення кола правовідносин, спір щодо яких передається на вирішення арбітражу (обсяг арбітражної угоди); вид арбітражу; право, що застосовується для вирішення спору по суті. Усі інші умови арбітражної угоди (кількість арбітрів, які розглядають спір, процедура їх обрання та призначення, матеріальне право держави-учасниці, яке повинно застосовуватися для визначення прав та обов'язків сторін спірних правовідносин та ін.), потрібно розглядати як додаткові, тобто такі, які можуть бути включені до арбітражної угоди за згодою сторін, проте їх відсутність не спричиняє наслідків недійсності такої угоди. До прикладу упущення в арбітражній угоді найменування чи неточне найменування постійнодіючого арбітражного центру при відмові однієї зі сторін узгодити це питання після виникнення спору може призвести до патової ситуації: жоден постійнодіючий арбітраж не буде приймати справу до розгляду, виходячи з відсутності чіткої й прямої вказівки на те, що саме цей арбітражний орган компетентний розглядати даний спір. Державний суд теж має право на відмову, мотивуючи це наявністю в сторін арбітражної угоди, якою виключено його юрисдикцію. На практиці часто, щоб зменшити певною мірою негативні наслідки можливих дефектів волевиявлення сторін під час укладення арбітражних угод, застосовуються вироблені постійно діючими арбітражними судами типові форми арбітражних угод.

Будучи за своєю природою договором, арбітражна угода повинна відповідати загальним вимогам, що пред'являються до договорів: не повинна бути довгою і складною; має бути підписаною якомога більшою кількістю можливих учасників майбутніх спорів; у контракті з державними органами чи організаціями не можна забувати про включення положення про відмову від державного імунітету щодо пред'явленого позову та виконання арбітражного рішення; обставини, що дають підстави для форс-мажору, слід формулювати вузько, виключивши із числа форс-мажорних обставин ряд дій держави – наприклад, прийняття нових законодавчих актів щодо регулювання обміну валюти, контролю за експортом та імпортом, ембарго, митне регулювання тощо; якщо контракт допускає, що арбітраж буде не єдиним способом вирішення спорів, слід передбачити чітку послідовність звернення до різних механізмів захисту. Багато проблем, які часто затягують та ускладнюють процес, а іноді і виконання арбітражних рішень, можна усунути чи зменшити шляхом укладення якісного арбітражного застереження у зовнішньоторговельному контракті чи арбітражної угоди. У той час слід розуміти, що переговори з приводу досить детального арбітражного

застереження у відносно невеликому контракті можуть стати дорогим задоволенням і навіть поставити під загрозу укладення всієї угоди.

Значення арбітражної угоди важко переоцінити. Правильне оформлення, врахування істотних умов при укладенні арбітражної угоди є вкрай важливим з позицій її виконання. Крім того, що вона необхідна для порушення арбітражного провадження, у ній може бути визначена процедура обрання арбітрів, процес розгляду спору, компетенція арбітрів і інші не менш важливі питання. Арбітражна угода покликана виключити компетенцію державного суду по зазначених у ній спорах, що має свої процесуальні наслідки й не є порушенням права на звернення до суду. Не менш важливе значення має арбітражна угода при розгляді питання про скасування арбітражного рішення. Нормами національного законодавства про арбітраж регламентуються умови, за яких рішення винесене арбітражним судом може бути скасоване. Не остання роль відведена тут і положенням, що пов'язані із арбітражною угодою. Сторони доволі часто у своїх заявах про оспорування рішень, винесених міжнародним комерційним арбітражем, посиляються на підстави скасування арбітражного рішення, пов'язаних з арбітражною угодою [19].

Відсутність укладеної між сторонами арбітражної угоди завжди веде до скасування арбітражного рішення. У різних країнах є різноманітні умови, що призводять до визнання арбітражної угоди недійсною. Наприклад, письмова форма не завжди є обов'язковою, але, проте, наявність арбітражної угоди необхідно довести. Крім окремого документа, підписаного сторонами, вона може бути виражена у вигляді однієї з умов контракту, укладеного шляхом обміну листами й т.п., і, крім того, арбітражною угодою, укладеною між сторонами, визнається подання позовної заяви в арбітраж і подання відповідачем заперечень по суті спору в даний міжнародний комерційний арбітражний суд. До скасування арбітражного рішення може призвести визнання арбітражної угоди неукладеною або недійсною. Порушення можуть стосуватися правового положення сторін, котрі визначаються у відповідності з особистим законом кожної з них (як правило, у зовнішньоекономічній діяльності сторони є суб'єктами різних держав).

Висновок. Отже, можна дійти висновку, що арбітражній угоді належить ключова роль у галузі арбітражного порядку вирішення спорів., а також підтвердити, що попри дещо відмінні підходи до визначення самого поняття, науковці різних країн практично однаково визначають її зміст, хоча із певними окресленими в статті відмінностями. Із арбітражною угодою, її наявністю та дійсністю тісно пов'язані всі правовідносини, що виникають у сфері міжнародного комерційного арбітражу, починаючи з етапу звернення до арбітражу та завершуючи етапом визнання та виконання арбітражних рішень. А тому розуміння та подальший аналіз арбітражної угоди має неабияке значення для успішного розвитку міжнародного комерційного арбітражу як механізму врегулювання спорів.

Список використаних джерел:

1. Волощук О. Т. Арбітражна угода в міжнародному комерційному арбітражі // Бюлетень Міністерства юстиції України. №10 (жовтень). 2010. С. 126–137;

2. Большой юридический словарь / За ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских, А. Я. Сухарева. М.: Инфра-М, 2003 URL: <https://jurisprudence.academic.ru/> (дата звернення: 14.01.2019);
3. Duhaime's Law Dictionary. URL: <http://www.duhaime.org> (дата звернення: 14.01.2019);
4. The World Law Dictionary. URL: <https://www.translegal.com/legal-english-dictionary/arbitration-agreement> (дата звернення: 14.01.2019);
5. Николюкин С. В. Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики. М.: Юриспруденция, 2009. URL: www.arbitr.kg/web/documents/materials (дата звернення: 26.12.2018);
6. Притика Ю. Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики: Монографія. К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. 516 с. URL: <https://www.twirpx.com/file/828793/> (дата звернення: 14.01.2019);
7. Дмитриева Г. К. Международный коммерческий арбитраж: учеб.-практ. пособие. М.: Изд. Группа «Проспект», 1997. 227 с.;
8. Neuman L. Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure. New-York, 2003. p. 27. URL: http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/arbitration_sweden_toc_title.pdf (дата звернення: 24.01.2019);
9. Мальський М. М. Поняття арбітражної угоди в міжнародному комерційному арбітражі // Часопис Київського університету права. 2011. №3. С. 178–180;
10. Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж: Навч. посіб. К.: Істина, 2002. Бібліогр. 304 с.;
11. Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М.: Спарк, 2002. 1007 с.;
12. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. 2-е изд., перераб. и дополн. М.: Международные отношения, 1994. 416 с. URL: <http://ufkgsu.ru/lib/doc.php?path=Kafedra%20GPD/Mejdunarodnoe%20chastnoe%20pravo/Uchebniki,%20posobiya,%20lekci/Boguslavskiy%20М.М.%20Меjdunarodnoe%20CHastnoe%20Pravo.doc.htm&name=%C1%EE%E3%F3%F1%EB%E0%E2%F1%EA%E8%E9%20%CC.%CC.%20%CC%E5%E6%E4%F3%ED%E0%F0%EE%E4%ED%EE%E5%20%D7%E0%F1%F2%ED%EE%E5%20%CF%F0%E0%E2%EE> (дата звернення: 23.01.2019);
13. Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс / Л. П. Ануфриева. – М.: Издательство БЕК, 2002. 656 с.;
14. Сергеева М. В. Некоторые теоретические и практические вопросы арбитражного соглашения / Арбитражный и гражданский процесс. №1. 2003. С. 37.
15. Fouchard P. L'arbitrage commercial international. – Paris, 1964. 611 P.;
16. Притика Ю. Д. Правовые принципы формирования и функционирования международного коммерческого арбитража/Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерт. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. С. 659.
17. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж // В кн.: Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Під заг. ред. І. Г. Побірченка. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. 584 с.;
18. Нью-йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf> (дата звернення: 18.01.2019);
19. Постановления ФАС МО от 24 марта 2003 г. по Делу №КГ-А40/1351-03; от 15 августа 2003 г. по делу №КГ-А40/5470-03П и др. // Справочная прав. с-ма Консультант-Плюс.

НОВІТНІ ПІДХОДИ ДО ЗАКРІПЛЕННЯ АВТОНОМІЇ ВОЛІ СТОРІН У КОМЕРЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Гриняк А.Б. (Україна)

доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу проблем
приватного права НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Анотація

Стаття присвячена теоретичному та практичному аналізу новітніх підходів до закріплення автономії волі сторін у комерційних правовідносинах. Визначено перелік нових правил регулювання автономії волі сторін: 1) право сторін обирати як застосовні до договірних правовідносин визнані на міжнародному, наднаціональному або регіональному рівні недержавні або транснаціональні норми; 2) відмова від формальних вимог до угоди про вибір права, якщо тільки сторони не домовилися про якусь певну форму; 3) можливість включення сторонами до обраного ними права норм міжнародного приватного права; 4) включення переддоговірних зобов'язань до сфери застосування обраного сторонами договору права. Проаналізовано їх потенційний вплив на вітчизняного законодавця.

Ключові слова: автономія волі сторін, Гаазькі Принципи вибору права у міжнародних комерційних договорах, угода про вибір права, арбітражне застереження, норми міжнародного приватного права, переддоговірні зобов'язання.

The article is devoted to theoretical and practical analysis of the latest approaches to consolidating the autonomy of the parties' will in commercial legal relations. A list of new rules governing the autonomy of the will of the parties is defined: 1) the right of the parties to choose non-state or transnational norms recognized internationally, supranationally or regionally as applicable to contractual relations; 2) the waiver of formal requirements to an agreement on the choice of law, unless the parties have agreed on a certain form; 3) the possibility for the parties to include in their chosen law the rules of private international law; 4) the inclusion of pre-contractual obligations in the scope of the application of the law chosen by the parties. Their potential influence on the domestic legislator is analyzed.

Keywords: *autonomy of the parties, Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts, agreement on the choice of law, arbitration clause, norms of private international law, pre-contractual obligations.*

Свобода обирати право, що застосовується до комерційного договору, разом із свободою обирати форум, де вирішуватиметься спір між сторонами, є однією з найважливіших свобод, наданих суб'єктам міжнародного приватного права⁷². Згідно зі статистичними даними Міжнародної торгової палати за

⁷² Richardson M., Garnett R. Choice of Law and Forum in International Commercial Contracts: Trends in Common Law Jurisdictions (A Non-European Perspective). URL: <http://www.ialsnet.org/meetings/business/RichardsonMegan-Australia.pdf> (дата звернення 14.09.2018).

2017 р. у 87% спорів, що були предметом розгляду Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торгової палати, сторони здійснили вибір права⁷³. Зазначені статистичні дані свідчать на користь висновку, що вибір права є визначальним фактором вибору механізму вирішення спору. Більшість міжнародних договорів містять застереження про вибір права, що вказує на те, що питання, пов'язані з вибором права, є практичними і такими, що часто виникають.

Отже, в межах цієї праці доцільно розглянути основні новації в підходах до змісту принципу автономії волі сторін у комерційних договорах за Гаазькими Принципами вибору права у міжнародних комерційних договорах (далі – Гаазькі Принципи), схвалених Комісією Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) 29 червня – 16 липня 2015 р. З цього приводу одразу ж зазначимо, що крім традиційного переліку правил регулювання автономії волі сторін (право застосовувати «*lex voluntatis*» тільки до комерційних договорів з іноземним елементом; визнання незалежності (автономності) угоди про вибір права від основного договору; можливість застосування різних правопорядків до різних частин договору; можливість обмеження дії права, обраного сторонами; застосуванням надімперативних норм та застереження про публічний порядок тощо) Гаазькими Принципами визначено перелік нових правил регулювання автономії волі сторін, дослідження яких має важливе значення для удосконалення механізму правового регулювання комерційних правовідносин на національному рівні.

Отже, надзвичайно цікавим, на нашу думку, є закріплення в ст. 3 Гаазьких Принципів новітній підхід, за яким сторони вправі обирати недержавні або транснаціональні норми, які є загальновизнаними на міжнародному, наднаціональному або регіональному рівні, якщо тільки право держави суду не передбачає інше. Прикладами таких норм можуть бути положення Принципів УНІДРУА (як приклад універсального зводу норм), Принципів європейського договірної права (як приклад наднаціонального або регіонального зводу норм), Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (Віденська конвенція) (як приклад незалежного зводу норм, що регулюють договірні відносини). З приводу доцільності закріплення такої можливості на законодавчому рівні неодноразово на сторінках юридичної періодики висловлювався вітчизняний вчений-компаративіст А. С. Довгерт, на думку якого, виходячи з сукупності принципів і правил Закону України «Про міжнародне приватне право», учасники відповідних відносин можуть обрати *lex mercatoria*⁷⁴.

Натомість в Законі України «Про міжнародне приватне право» (ст. 1) вказано, що вибором права є право учасників правовідносин визначати право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом, що свідчить про чітко виражену заборону обирати недержавні або транснаціональні

⁷³ 2017 ICC Dispute Resolution Statistics. P. 51–65. URL: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf> (дата звернення 14.09.2018).

⁷⁴ Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерта. Харків: ТОВ «Одіссей», 2008. С. 68.

норми, які є загальноновизнаними на міжнародному, наднаціональному або регіональному рівні. Зазначене підтверджується матеріалами судової практики, де прослідковується чітко виражене превалювання норм позитивного права, а сама можливість застосування недержавних норм поставлена в залежність від наявності прямої законодавчої вказівки про це⁷⁵.

З цього приводу доцільно підкреслити цілком доречне використання у статтях Гаазьких Принципів поняття «норми права», що, на нашу думку, свідчить про перейняття їх розробниками позитивного досвіду арбітражних регламентів Міжнародної торгової палати, Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма, Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України тощо. Із зазначеного вбачається, що Гаазькі Принципи увібрали в себе закріплені у арбітражних регламентах передовий досвід застосування сторонами недержавного права, що стало можливим внаслідок послаблення домінуючої ролі держави як творця міжнародно-правових норм, адже абсолютна роль держави як єдиного творця правових норм заважала напрацюванню альтернативних механізмів удосконалення підходів до правового регулювання комерційних відносин. Як слушно підкреслює з цього приводу К.Г. Цірат, «визнання» на законодавчому рівні можливості обрання сторонами недержавних норм для їх застосування в якості регулятора своїх комерційних договірних відносин є питанням часу. А ключова для держав фраза – «якщо право держави суду не передбачає інше» – є запобіжником, який не дозволить сторонам використати недержавні норми, якщо держава таку практику не дозволяє⁷⁶.

Ще однією новелою Гаазьких Принципів є закріплена у ст. 5 відмова від формальних вимог до угоди про вибір права, за якою домовленість про вибір права може бути досягнута у будь-якій формі. Заради справедливості варто зазначити, що такий підхід є продовженням вироблених ще Гаазькими конвенціями 1955, 1978 та 1986 років правил, які істотно відрізняються від формалістичних підходів до форми угоди про вибір права Римської конвенції та Регламенту Рим I. З цього приводу доцільно наголосити, що положення Гаазьких Принципів щодо відмови від формалізму при виборі права не поширюються на вимоги щодо форми основного договору, яка визначається правом, обраним сторонами або ж прив'язкою до права держави, де сторона має своє місцезнаходження. Тобто, у Гаазьких Принципах вирішується виключно питання обраного права, інші ж питання, пов'язані з укладенням, виконанням, забезпеченням виконання основного договору, не вирішуються.

Аналізуючи вищенаведене нововведення слід наголосити на можливості його сприйняття у вітчизняному законодавстві (Закон України «Про міжнародне приватне право») шляхом закріплення такої можливості на кшталт Гаазьких

⁷⁵ Рішення Господарського суду Львівської області від 21.11.2014 р. у справі №914/3276/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41582830> (дата звернення 15.09.2018).

⁷⁶ Цірат К. Г. Автономія волі сторін у Гаазьких Принципах вибору права у міжнародних комерційних договорах: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2018. С. 119, 121.

Принципів, а саме: *«домовленість про вибір права не підлягає жодним формальним вимогам, якщо тільки сторони не домовилися про інше»*. Зазначене правило, крім сприяння уникненню суперечностей на практиці, містить однозначний висновок про неможливість ототожнення угоди про вибір права та арбітражного застереження, де остання є угодою процесуальною, а угода про вибір права – матеріальною. З цього приводу слушними є висловлені в юридичній літературі міркування, що навіть у разі наявності в арбітражному застереженні положення щодо вибору права, таке положення все одно розглядатиметься як окрема угода⁷⁷. Водночас, як зазначає Е. М. Грамацький, при визначенні правопорядку, застосовного до допустимості і меж угоди про вибір права, не можуть ігноруватися ні право суду, що розглядає комерційний спір (або місце компетентного арбітражу, обраного сторонами), ні місце укладання угоди про вибір права (яке в більшості випадків збігається з місцем укладання договору)⁷⁸.

Щодо такого нововведення, як право сторін включати до обсягу обраного ними права норми міжнародного приватного права, доцільно зазначити, що у ст. 8 Гаазьких Принципів міститься нововведення, за яким вибір права не включає колізійні норми, що обрані сторонами, якщо тільки сторони прямо не передбачили інше. З цього приводу в юридичній літературі зазначається, що колізійні норми включають лише норми, що визначають право, що застосовується до договірних відносин між сторонами, натомість норми, що стосуються міжнародної юрисдикції, процедури визнання та виконання іноземних судових рішень до складу поняття «норми МПрП» не входять⁷⁹.

Як вбачається із наведеного, новація ст. 8 Гаазьких Принципів відображається у праві сторін комерційних договірних відносин включати в об'єм обраного права норми міжнародного приватного права. Наприклад, у ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено правило, за яким учасники правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правовідносин. Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин в будь-який час, зокрема, на різних стадіях виконання договору. Зазначене нововведення сформувалося, як зазначають сучасні дослідники Гаазьких Принципів, саме під впливом практики міжнародного комерційного арбітражу, який у разі необхідності завжди застосовує норми МПрП⁸⁰, свідченням чого є справа, що розглядалась МКАС при ТПП України від 15 жовтня 2009 р. В ході розгляду справи встановлено, що Арбітражний суд вирішує спір відповідно з тими нормами права, які

⁷⁷ Цірат К. Г. Автономія волі сторін у Гаазьких Принципах вибору права у міжнародних комерційних договорах: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2018. С. 152.

⁷⁸ Грамацький Е. М. Деякі аспекти визначення права, що регулює автономію волі сторін. // Часопис Київського університету права. 2013. №3. С. 166.

⁷⁹ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts with Commentary. 2015. p. 61.

⁸⁰ Цірат К. Г. Автономія волі сторін у Гаазьких Принципах вибору права у міжнародних комерційних договорах: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2018. С. 130.

сторони обрали в якості застосовних до суті спору. Таким чином, незважаючи на те, що сторони в контракті не узгодили питання про те, матеріальне право якої країни підлягає застосуванню при вирішенні спору, однак як позивач, так і відповідач при поданні позову та заперечень щодо цього правовими підставами для своїх вимог обрали положення ЦК України. Отже, Арбітражний суд, враховуючи зроблений сторонами вибір права, цілком слушно дійшов висновку про застосування до даного спору саме матеріального права України⁸¹.

Новітній підхід прослідковується й у змісті ст. 9 Гаазьких Принципів, де закріплено положення про сферу застосування обраного сторонами права. Так, у ч. 1 цієї статті закріплено положення, за яким право, обране сторонами, регулює всі аспекти договору, включаючи, але не обмежуючи перелік питань, які входять до сфери застосування обраного права (тлумачення, права та обов'язки сторін, виконання й наслідки невиконання, включаючи оцінку збитків, особливості розрахунків та погашення заборгованості, питання строків та позовної давності, наслідки недійсності договору, переддоговірні зобов'язання тощо)⁸². Наприклад, у Гаазьких Принципах, на відміну від Римської конвенції та Регламенту Рим I, питання оцінки збитків включено до сфери застосування обраного сторонами права. Натомість у положеннях Римської конвенції (ст. 10) та Регламенту Рим I (ст. 12) право, що застосовується до договору, регулює в межах повноважень, наданих суду його процесуальним правом наслідки повного або часткового невиконання зобов'язань, включаючи оцінку збитків в мірі, в якій це регулюється нормами права. Іншим прикладом такого новаторського підходу є включення розробниками питання тягаря доказування і правових презумпцій до сфери застосування права, обраного сторонами, адже ці питання як в Римській конвенції 1980 р., так і в Регламенті Рим I заборонені для врегулювання.

Новацією Гаазьких Принципів стало включення переддоговірних зобов'язань до сфери застосування обраного сторонами права. Не секрет, що крім стадій пропозиції вступити в договір, прийняття цієї пропозиції та покриття оферти акцептом в юридичній літературі виділяють ще таку додаткову стадію укладення договору як переддоговірні контакти сторін (переговори)⁸³. Такі відносини, що передують укладенню договору, називають переддоговірними⁸⁴. Як зазначають Є. О. Харитонов та О. І. Харитонova, для розвинутого цивільного обороту достатньо характерною є ситуація, коли укладенню договору передують тривалі переговори сторін. Оскільки такі переговори можуть бути пов'язані з витратами для однієї чи обох сторін, сторони можуть бути зацікавлені у встановленні певних гарантій щодо укладення договору в результаті цих переговорів⁸⁵. Крім

⁸¹ Рішення МКАС при ТПП України від 15 жовтня 2009 р. у справі № 40. URL: <http://arb.ucci.org.ua/icac/cases/2006-2010/caseNo40.pdf> (дата звернення 17.09.2018).

⁸² Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts with Commentary. 2015. P. 63.

⁸³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Москва, 1998. С. 170.

⁸⁴ Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посіб. // Відп. ред. Р. А. Майданик. Київ: Юстиніан, 2007. С. 759.

⁸⁵ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Цивільні правовідносини: навчальний посібник. Київ: Істина, 2008. С. 186.

того, при проведенні переддоговірних переговорів небезпека може полягати в тому, що їх учасники обмінюються необхідною для розробки проекту договору інформацією, яка може використовуватися на шкоду учаснику переговорів. Виходячи із наведеного, цілком доречним є виділення І. А. Діковською принципу повного відшкодування збитків, заподіяних недобросовісним веденням або перериванням переговорів⁸⁶. Як зазначає з цього приводу Н. І. Майданик, ефективно застосування нових видів договорів в умовах ускладнення існуючих договірних конструкцій пов'язане з ідеєю встановлення підвищеної відповідальності суб'єкта переддоговірних відносин за свої недобросовісні дії як способу стимулювання до певної прогнозованості майбутніх зобов'язань⁸⁷.

Слід зазначити, що судова практика окремих європейських країн (Німеччина, Франція) визнає право на відшкодування витрат, понесених стороною у зв'язку з укладанням договору, який надалі виявився юридично недосконалим, і ці витрати були відомі або мали бути відомі іншій стороні. Так, у французькій судовій практиці поширеною є позиція, що відповідальність може настати внаслідок припинення без правомірних причин переговорів про укладання договору, які досягли вирішальної стадії, що свідчить про тенденцію в судовій практиці й доктрині поширити дію принципу добросовісності й чесності на сферу переддоговірних відносин⁸⁸. В судовій практиці Німеччини розголосу набула справа, коли державна організація була зобов'язана відшкодувати збитки, яких зазнав її контрагент унаслідок отриманих нею запевнень, що договір остаточно буде підтверджено вищим органом, згідно із законом, але цієї згоди з боку компетентних органів державна організація не домоглася⁸⁹. З цього приводу доцільно зазначити, що з огляду на те, що хоча в ЄС зазначені відносини регламентуються на рівні Регламенту Рим II про право, що застосовується до недоговірних зобов'язань, поширення автономії волі сторін на переддоговірні зобов'язання, які за своєю природою можуть бути і деліктними, є досить новаторським.

Отже, підсумовуючи аналіз вищенаведених нововведень, що знайшли своє відображення у Гаазьких Принципах вибору права у міжнародних комерційних договорах, доцільно схвалити намагання їх розробників розробити найоптимальніші вимоги для учасників комерційних правовідносин, основними з яких є: 1) право сторін обирати як застосовні до договірних правовідносин визнані на міжнародному, наднаціональному або регіональному рівні недержавні або транснаціональні норми; 2) відмова від формальних вимог до угоди про вибір права, якщо тільки сторони не домовилися про якусь певну форму; 3) можливість включення сторонами до обраного ними права норм міжнародного приватного права; 4) включення переддоговірних зобов'язань до сфери застосування обраного сторонами договору права.

⁸⁶ Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: теоретичні та практичні аспекти: автореф. дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2014. С. 12.

⁸⁷ Відповідальність у приватному праві: монографія / [І. Безклубий, Н. Кузнецова, Р. Майданик та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. Київ: Грамота, 2014. С. 89.

⁸⁸ Nicolas B. French Law of Contract / B. Nicolas. P. 68.

⁸⁹ H. P. de Vries. International Pre-Contractual Obligations. In International Contracts. N.Y., 1981. P. 79

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СТ. II (3) КОНВЕНЦІЇ ПРО ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ 1958 р. У ПРАКТИЦІ УКРАЇНСЬКИХ СУДІВ

Цірат Геннадій (Україна)
партнер ЮФ «Юрзовнішсервіс»

Вступ

Нью-Йоркська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (далі – Конвенція, або Нью-Йоркська конвенція⁹⁰), якій в цьому році виповнилося 60 років, стала прикладом досить вдалого, виваженого та ґрунтовного підходу до міжнародно-правового регулювання різних складових міжнародного комерційного арбітражу. Саме завдяки підходам, закладеним в цій Конвенції, до регулювання міжнародного комерційного арбітражу, останній досяг такого рівня застосування та авторитету як альтернативний державним судам засіб вирішення зовнішньоторговельних спорів.

У ст. II закріплено одне з двох базових фундаментальних положень Нью-Йоркської конвенції, а саме обов'язковість арбітражних угод, що укладені сторонами зовнішньоторговельних контрактів. «Кожна договірна держава визнає письмову угоду», вказується в частині першій ст. II. Конвенції. Частина друга ст. II закріплює вимогу обов'язкової письмової форми арбітражної угоди.

Конвенція також закріплює принцип, згідно з яким арбітражна угода обов'язкова не лише для її сторін, а й для судів держав-учасниць! Одним з головних правових наслідків укладання арбітражної угоди є виключення певних спорів з-під юрисдикції державних судів.

За загальним правилом, закріпленим у Конвенції, діє презумпція дійсності арбітражної угоди. Обов'язковість арбітражної угоди забезпечується процесуальним інститутом, якій отримав назву «відвід державного суду з непідсудності» (ст. II (3) Конвенції). Також широко застосовується термін «примусове виконання арбітражної угоди»⁹¹.

Норма ст. II (3) Конвенції «моделює» таку «процесуальну ситуацію»: позивач, сторона арбітражної угоди, звертається з позовом до суду однієї з держав-учасниць Конвенції, з питання, яке є предметом арбітражної угоди. Інша сторона арбітражної угоди (відповідач у справі) має право заперечити юрисдикцію державного суду розглядати цей спір, посиляючись на арбітражну угоду, враховуючи те, що арбітражною угодою сторони виключили певні спори з юрисдикції державних судів. Суд, якщо до нього надійде позов з питань, які є предметом

⁹⁰ Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070

⁹¹ Руководство по Конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений в редакции 2016 г. (Секретариат ЮНСИТРАЛ) [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf и Руководство МСКА (международного совета коммерческого арбитража) по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf

арбітражної угоди, зобов'язаний направити сторони до арбітражу, якщо не знайде, що (а) арбітражна угода недійсна, (б) втратила чинність або (в) не може бути виконана⁹².

За десятиріччя дії Конвенції суди різних держав створили величезний масив судової практики по застосуванню її норм, зокрема норм ст. II (3). Цей досвід неодноразово узагальнювався різними міжнародними організаціями. Згадаємо лише останні: «Руководство по Конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений в редакции 2016 г. (Секретариат ЮНСИТРАЛ)»⁹³, «Руководство МСКА (международного совета коммерческого арбитража, ICCA) по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Пособие для судей, 2012 г.»⁹⁴ і «Дайджест судових справ по застосуванню Типового закону ЮНСИТРАЛ з міжнародного торговельного арбітражу 2012 р.»⁹⁵.

Свою лепту в скарбницю судової практики застосування ст. II (3) Конвенції внесли і українські суди. За останні 10-15 років українські суди «напрацювали» досить велику за кількістю та цікаву за змістом судову практику застосування цієї статті Конвенції та інституту відводу державного суду з непідсудності. Про що вона свідчить?

З одного боку, більшість справ з тих, що нами було досліджено, в цілому задовільно, з огляду на «світові» стандарти, застосовують норми ст. II Конвенції та відповідно норми ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»⁹⁶ (далі – *Закон про арбітраж*). Українські суди направляють сторони до арбітражу за наявності арбітражної угоди, чим забезпечують умови їх належного виконання.

З іншого боку, українська судова практика застосування норм ст. II (3) Конвенції у випадках, коли суди визнають арбітражні угоди недійсними або такими, що не можуть бути виконані, досить суперечлива та викликає багато запитань.

Розглянемо окремо процесуально-правові та матеріально-правові аспекти практики застосування ст. II Конвенції українськими судами.

Процесуально-правові аспекти застосування українськими судами ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції

Першою складовою процесуально-правових аспектів ми вважаємо питання, пов'язані з судовими процедурами, в рамках яких українськими судами

⁹² Ст. II (3) Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070

⁹³ Руководство по Конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений в редакции 2016 г. (Секретариат ЮНСИТРАЛ). [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf

⁹⁴ Руководство МСКА (Международного совета коммерческого арбитража, ICCA) по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Пособие для судей [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf

⁹⁵ Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration 2012. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

⁹⁶ Закон України про міжнародний комерційний арбітраж. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

розглядаються питання дійсності арбітражних угод. Як було вказано вище, ст. II (3) Конвенції регулює таку «процесуальну ситуацію»: позивач, сторона арбітражної угоди, звертається з позовом до суду однієї з держав-учасниць Конвенції, з питання, яке є предметом арбітражної угоди. Інша сторона арбітражної угоди заперечує (має право заперечувати) юрисдикцію державного суду розглядати цей позов посилаючись на арбітражну угоду. Це, так би мовити, класична, конвенційна «процесуальна конструкція» заперечення юрисдикції державного суду.

Ця «процесуальна конструкція» виходить з того, що арбітражна угода має певні процесуальні наслідки – виключення певних спорів з юрисдикції державних судів, та сформульована саме на випадок порушення арбітражної угоди або ухилення від її виконання. В якості такого порушника виступає одна зі сторін такої арбітражної угоди – позивач, який, порушуючи цю угоду, звернувся до державного суду з позовом з питань, що є предметом арбітражної угоди.

Позивач – активна сторона, сторона-ініціатор, яка своїми діями порушує арбітражну угоду, на захисті якої стоїть Нью-Йоркська конвенція. Відповідач у разі звернення із заявою про відсутність у державного суду права розглядати спір з посиланням на арбітражну угоду захищає арбітражну угоду, йому надається право заперечувати проти юрисдикції державного суду з посиланням на таку арбітражну угоду. Державний суд, у свою чергу, зобов'язаний перевірити наявність арбітражної угоди, її дійсність та можливість її виконання і на підставі цього вирішити питання, чи має він право розглядати справу, чи він має направити сторони до арбітражу. Із застосування цієї «процесуальної конструкції» українськими судами особливих проблем не виявлено.

В той же час українська судова практика напрацювала певні додаткові «процесуальні конструкції», в рамках яких вирішуються питання дійсності арбітражної угоди та можливості її виконання. Такі додаткові «процесуальні конструкції» можна поділити на три групи.

Перша група: судові провадження, порушені за позовами про визнання зовнішньоекономічного контракту недійсним в частині, яка стосується арбітражного застереження, що міститься в такому контракті. Підсудність українським судам таких позовів іноді обґрунтовується позивачами прив'язкою до місця укладання контракту⁹⁷. Питання підсудності таких та аналогічних справ є окремим питанням, якого ми не будемо торкатися.

Друга група: судові провадження, порушені за позовами з питань виконання зовнішньоекономічного контракту (позовні вимоги, які ґрунтуються на невиконанні або неналежному виконанні тих чи інших контрактних зобов'язань) та водночас з вимогою про визнання зовнішньоекономічного контракту недійсним в частині, яка стосується арбітражного застереження.

⁹⁷ Справа №5011-10/13371-2012, яку було розглянуто господарським судом м. Києва за позовом Комунального підприємства «Водоканал» до Товариства з обмеженою відповідальністю «Догуш Іншаат Тіджарет Лімітет Шіркети». [Електронний ресурс]. Режим доступу: [http://arbitration.kiev.ua/Uploads/kucher/ENFORCEMENT_OF_ARBITRATION_AWARDS_IN_UKRAINE_2013-2014%20\(RU\).pdf](http://arbitration.kiev.ua/Uploads/kucher/ENFORCEMENT_OF_ARBITRATION_AWARDS_IN_UKRAINE_2013-2014%20(RU).pdf)

Третя група: судові провадження, порушені за позовами до кількох відповідачів (співвідповідачів) з вимогою до одного з відповідачів (сторони зовнішньоекономічного контракту) про визнання арбітражної угоди недійсною⁹⁸.

Існуванням такої судової практики ставить перед нами цілий ряд питань. По-перше, чи мають право українські суди розгляди питання дійсності арбітражної угоди в процедурах інших, ніж ті, що виписані ст. II (3) Конвенції та дублюються положеннями ст. 8 Закону про арбітраж? По-друге, чи підлягають згадані вище заяви (позови) розгляду в судах в порядку господарського судочинства? Чи мають право господарські суди України брати на себе право вирішувати такі питання поза межами процедур (процесуальних конструкцій), прямо передбачених ст. 8 Закону про арбітраж і ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції? По-третє, чи допускає сама Нью-Йоркська конвенція існування інших «процесуальних конструкцій», в рамках яких може розглядатися та вирішуватися питання дійсності арбітражної угоди і тим більше питання можливості її виконання (виконуваності)?

Відповідаючи на вказані питання, слід згадати норму ст. 5 Закону про арбітраж, яка встановлює загальне правило, принципове для визначення меж втручання (не треба сприймати це слово з негативним відтінком) державних судів в міжнародний комерційний арбітраж. Правило, закріплене в ст. 5 вказаного закону, полягає у тому, що «з питань, що регулюються цим Законом, ніяке судове втручання не повинно мати місця, крім як у випадках, коли воно передбачене в цьому Законі»⁹⁹. Доктринальне тлумачення норми цієї статті Закону, з огляду на норму ст. II (3) Конвенції та ст. 8 Закону про арбітраж дозволяє дійти висновку, що українські суди не мають права розглядати справи, про які йшлося вище.

Безумовно такий висновок може викликати критику як з боку науковців і практиків, так і представників суддівського корпусу. Гірше за все буде, якщо ця теза пройде поза увагою як арбітражної громадськості, до якої я відношу не тільки арбітрів, а й юристів, які практикують в сфері арбітражу, науковців, суддів та інших. У нас насправді є два варіанти: або дозволити судам продовжувати цю практику і втручатися в сферу міжнародного комерційного арбітражу у спосіб, не передбачений законом, і – таким чином – підривати основи його функціонування та ефективності, або припинити це, що дозволить зберегти баланс між судовим контролем та пріоритетним правом арбітражу вирішувати питання власної компетенції.

Другою складовою процесуально-правових аспектів застосування українськими судами ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції є контекст, в якому порушуються та вирішуються вказані справи.

⁹⁸ Справа №910/8259/13 18.07.13 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Телесистеми України» до Приватної фірми «АРСЛАН» та HUAWEI TECH. INVESTMENT CO., LTD. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32575983>

⁹⁹ Закон України про міжнародний комерційний арбітраж. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

Чим характеризується цей контекст? Справи, які були нами досліджені, порушуються в переважній більшості українськими компаніями – сторонами зовнішньоекономічних контрактів. Порушуються вказані судові справи або паралельно з розглядом арбітражами справ, які виникли з тих самих зовнішньоекономічних контрактів та на підставі тих самих арбітражних угод, про недійсність яких порушуються такі судові справи в українських судах, що є порушенням принципу *lis alibi pendens*, або вже після такого арбітражного розгляду спору та ухвалення з цього спору арбітражного рішення, що є порушенням принципу *res judicata*.

Саме цей процесуально-правовий аспект практики українських судів у справах, в яких арбітражні угоди визнаються недійсними, викликає найбільшу стурбованість. Чому такі справи порушуються паралельно з арбітражними провадженнями і чому суди, знаючи (будучи повідомленими) про такі провадження або ухвалені арбітражні рішення, ігнорують ці обставини і продовжують розглядати справи та ухвалюють відповідні судові рішення?

На нашу думку, мета таких судових проваджень і відповідних судових рішень очевидна – створити одну з «правових» підстав, з тих, що передбачені ст. V(1)(а) Конвенції, для відмови у визнанні та наданні дозволу на виконання арбітражного рішення. Позивачі та суди у таких справах свідомо йдуть на те, щоб визнати арбітражні угоди недійсними, не тільки розуміючи правові наслідки цього, а й маючи намір створити такі наслідки. Це стосується не тільки господарських судів першої інстанції, а й судів вищих інстанцій.

Вказана судова практика є не тільки порушенням принципів *lis alibi pendens* та *res judicata*, вона є руйнівною для режиму дружнього ставлення до міжнародного комерційного арбітражу, руйнівною для ефективності застосування арбітражу у спорах за участі українських підприємств, руйнівною для іміджу судової системи України та руйнівною для іміджу України в цілому. Завданням нового Верховного Суду у цій ситуації вбачаємо створення ефективного «заслону» шляхом формування такої судової практики, яка б унеможливила існування подібних явищ в майбутньому.

Матеріально-правові аспекти практики застосування українськими судами ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції

Мова йде про те, за якими критеріями державні суди можуть визнавати арбітражні угоди недійсними, такими, що втратили чинність або не можуть бути виконаними.

У процесі підготовки Нью-Йоркської конвенції (підготовчі матеріали) та в самій Конвенції вказані питання, які не були вирішені та врегульовані. Не зробив це і Модельний (Типовий) закон ЮНСІТРАЛ 1985 р. про міжнародний торговельний арбітраж¹⁰⁰ у ст. 8, яка містить аналогічну ст. II (3) Конвенції 1958 р. норму.

¹⁰⁰ Модельний (Типовий) закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж 1985 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf

Судовою практикою різних держав було сформовано два підходи до оцінки арбітражної угоди на предмет визначення її дійсності.

Перший підхід полягає в тому, що розгляд арбітражної угоди на предмет її дійсності має відбуватися в повному обсязі. Цей підхід застосовують, наприклад, суди Німеччини. Другий підхід полягає у тому, що оцінка арбітражної угоди має здійснюватися виходячи з принципу *prima facie*, тобто, з відповіді на питання: чи не є арбітражна угода явно нікчемною. Цього підходу дотримуються суди Франції, Індії, Канади, Англії та інших держав.

Дослідивши значний обсяг практики українських судів з цих питань, ми дійшли висновку, що українські суди дотримуються першого підходу, тобто ретельно досліджують арбітражну угоду на предмет її дійсності або спроможності бути виконаною.

Але що ми можемо побачити у відповідних судових рішеннях? Висновки судів щодо недійсності арбітражної угоди, як правило, обґрунтовуються посиланнями на норми українського права або взагалі без посилань на право, що застосовується. Тут треба нагадати, що арбітражні угоди – це цивільно-правові угоди (правочини) з іноземним елементом і при вирішенні питання їх дійсності має бути спочатку вирішено колізійне питання, а вже згодом застосовуватися норми права тієї держави, на право якої вкаже застосована судом колізійна норма.

Судових справ, в яких ставилось та вирішувалось колізійне питання – одиниці! За загальним правилом українські суди не застосовують відповідні норми ст. VI (2) Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., яка є чинною для України, де прописаний алгоритм, за яким має бути встановлено право, що застосовується до арбітражної угоди.

Згідно з нормою цієї статті Європейської конвенції право, яке має регулювати арбітражну угоду, це (а) може бути обрано сторонами (*lex voluntatis*), а якщо такого вибору сторонами не було здійснено, то (б) право держави, в якій має бути ухвалене арбітражне рішення і яке, як правило, співпадає з місцем арбітражу. І тільки якщо не можуть бути застосовані перші дві прив'язки, то застосовне право має бути визначено згідно з колізійною нормою, яку має застосувати суд, що розглядає питання дійсності арбітражної угоди.

Можу припустити, якщо б українські суди застосовували іноземне право при вирішенні питання дійсності арбітражної угоди, визнавати їх недійсними їм було б набагато складніше.

При вирішенні питань дійсності арбітражної угоди, коли українські суди застосовують українське право, вони, як правило, не застосовують норми ЦК України, що регулюють питання дійсності правочинів та встановлюють підстави визнання правочинів недійсними¹⁰¹.

¹⁰¹ Глава 16 пар. 2 Цивільного кодексу України «Правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону». [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

Однією з основних (загальноновживаних) підстав для визнання арбітражних угод недійсними українські суди застосовують таку підставу як «неправильна назва арбітражної інституції».

Та ж підстава іншими українськими судами застосовується як підстава для визнання арбітражної угоди такою, що не може бути виконана. На можливість застосування такої підстави вказується, зокрема, у Роз'ясненнях Президії Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участі іноземних підприємств і організацій» від 31.05.2002 р. №04-5/608 в редакції від 09.11.2009 р.¹⁰²

Але й у застосуванні вказаної підстави практика українських судів має свої «особливості». Наведемо декілька прикладів судової практики з цих питань.

Рішенням Господарського суду м. Києва від 26.01.2017 р. у справі №910/21362/16 за позовом компанії «Centtr-PLUS Slavomir Lech» до ТОВ «Трейд СУППОРТ ГРУПП Україна» про стягнення грошей по договору поставки арбітражна угода, що містилась у договорі, яка була наступного змісту: «У разі недосягнення згоди сторонами, спір передається на розгляд та остаточне вирішення в Міжнародний комерційний арбітражний суд у Відні. Мова арбітражу англійська», була визнана такою, що не може бути виконана¹⁰³. З логікою суду при ухваленні такого рішення можна погодитися.

Рішення у справі №910/8259/13 від 18.07.13 р., за позовом ТзОВ «Телесистеми України» до приватної фірми «АРСЛАН» (Відповідач 1) про стягнення 24000,00 грн. та до фірми HUAWEI TECH. INVESTMENT CO., LTD, (Гонконг, КНР) (Відповідач 2) про визнання недійсними частин правочинів, а саме ст. 13 «Арбітраж» контрактів на поставку телекомунікаційного обладнання, укладених між Позивачем та Відповідачем 2, яка була розглянута господарським судом м. Києва, арбітражне застереження було визнано недійсним. Зміст арбітражного застереження, яке містилося у ст. 13 цих контрактів, і яке господарським судом м. Києва було визнано недійсним, було повним і автентичним відтворенням арбітражного застереження, рекомендованого Регламентом самої Німецької арбітражної інституції. От його зміст: «Будь-які спори, протиріччя або претензії, що виникають із або у зв'язку з контрактом, або його порушенням, розірванням чи недійсністю, будуть вирішені арбітражем відповідно до Регламенту Німецької Інституції з арбітражної справи, Берлін. Кількість арбітрів у випадку спору буде три (3). Місцем розгляду спору буде м. Берлін, Німеччина. Мовою арбітражного розгляду буде англійська». Ця арбітражна угода визнана судом недійсною з посиланням на те, що в неї «... не має назви суду, на вирішення якого сторони

¹⁰² Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України №04-5/608 від 31.05.2002 Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій [Електронний ресурс]. Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02

¹⁰³ Рішення Господарського суду м. Києва від 26.01.2017 р. у справі №910/21362/16 за позовом компанії «Centtr-PLUS Slavomir Lech» до ТОВ «Трейд СУППОРТ ГРУПП Україна» [Електронний ресурс]. Режим доступу: ЛЗ Підприємство 9.5.2., ТОВ «Інформаційно-аналітичний центр «ЛІГА», ТОВ ЛІГА ЗАКОН», 2018 http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO13019.html

мають передавати спори щодо зазначених контрактів, суперечить нормам законодавства України»¹⁰⁴.

Іншою особливістю даного рішення було те, що на момент розгляду та вирішення цієї справи господарським судом м. Києва склад арбітрів, який був сформований Німецькою арбітражною інституцією у відповідності з цим арбітражним застереженням за позовом HUAWEI TECH. INVESTMENT CO, розглянув справу та ухвалив арбітражне рішення, про що український суд був повідомлений.

В іншій справі №5011-10/13371-2012, яку було розглянуто господарським судом м. Києва за позовом Комунального підприємства «Водоканал» до Товариства з обмеженою відповідальністю «Догуш Іншаат Тіджарет Лімітед Шіркети» про визнання окремої частини правочину, яка містить арбітражне застереження, недійсним, судом було визнано, що арбітражне застереження, яке передбачало, що спори з контракту мають бути вирішені «Міжнародним торговельним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України (м. Київ)», недійсним в силу того, що такої арбітражної установи не існує!

Аналогічних справ та судових рішень, на жаль, дуже багато, що дозволяє говорити про систему, яка склалась! Вказані приклади свідчать про випадки доведення до абсурду логіки застосування вказаної підстави українськими судами. Тут доречно згадати загальновизнані підходи застосування вказаної підстави, які викладені у Керівництві ЮНСІТРАЛ 2016 р. Суть цих підходів полягає у тому, що суди можуть визнавати арбітражні угоди недійсними в разі, якщо такі арбітражні угоди мають «патологічний характер», які не дають взагалі жодної можливості визначити справжню волю сторін та орган, якій сторони мали на увазі при укладанні арбітражної угоди¹⁰⁵.

У вказаному Керівництві наводяться такі приклади. Індійський суд, «керуючись статтею 44 Закону Індії про арбітраж 1996 р., яка імплементувала статті I і II Нью-Йоркської Конвенції 1958 р., відмовив в примусовому виконанні арбітражного застереження, яке передбачало «застосування Дурбанського арбітражного й англійського права». Суд постановив, що це арбітражне застереження є «зовсім незрозумілим, двозначним та суперечливим». Федеральний суд Швейцарії відмовив у примусовому виконанні арбітражного застереження, яка передбачала проведення арбітражного розгляду «через посередництво Американської арбітражної асоціації або будь-якого іншого американського суду», на тій підставі, що положення арбітражної угоди не були

¹⁰⁴ Рішення по справі №910/8259/13 18.07.13 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Телесистеми України» до Приватної фірми «АРСЛАН» та HUAWEI TECH. INVESTMENT CO., LTD. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32575983>

¹⁰⁵ Руководство по Конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений в редакции 2016 г. (Секретариат ЮНСИТРАЛ). [Електронний ресурс]. Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf

достатньо чіткими, що б однозначно виключити юрисдикцію державних судів у відповідності зі ст. II (3) Конвенції і швейцарським правом¹⁰⁶.

Висновки та рекомендації

Завершуючи розгляд вказаних питань, хотілося б підбити певні підсумки.

Треба вітати судову практику, яка відповідає загальному тренду застосування ст. II (3) Конвенції, суддів, які відповідально та компетентно вирішують вказані справи.

Практика недружнього, іноді рейдерського ставлення українських судів до міжнародного комерційного арбітражу, перш за все іноземного, яка проявляється у визнанні арбітражних угод недійсними або такими, що не можуть бути виконані, без належного обґрунтування, без застосування іноземного права, у випадках, де це потрібно, та без належного тлумачення арбітражних угод та з'ясування волі сторін, а тим більше в паралельних провадженнях та у випадках наявності арбітражного рішення, має бути «оприлюднена», засуджена і негайно припинена.

Мають бути визначені межі та «процесуальні конструкції», в рамках яких компетентні державні суди України можуть розглядати питання, пов'язані з дійсністю арбітражних угод. Стосовно решти випадків має бути поставлено дієвий процесуальний «заслон».

Необхідно сформулювати основні теоретичні підходи щодо підстав визнання арбітражних угод недійсним (застосування підстав, що передбачені цивільним кодексом України для недійсності цивільних правочинів, застосування прив'язок, передбачених Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., у випадках, коли вона має застосовуватися, та за аналогією, коли ця конвенція не застосовується, застосування колізійного регулювання для вибору права, що застосовуватиметься до арбітражних угод).

Сформулювати основні підходи до визначення підстав визнання арбітражних угод такими, що не можуть бути виконані, з позиції такого підходу, який би сприяв проведенню арбітражних проваджень і тлумачення «неясних формулювань» арбітражних угод в такий спосіб, щоб «підтримувати» ці угоди та арбітражні провадження.

¹⁰⁶ Там само. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS AGAINST NON-PARTIES TO THE ARBITRATION AGREEMENT – UKRAINIAN VIEW

Olexander Droug (*Ukraine*)
Partner, Sayenko Kharenko Law Firm

Introduction

This article addresses the attitude of the Ukrainian jurisprudence towards recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement.

On the one hand, Ukrainian law sets a number of legal rules preventing recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties, which is mostly in line with the general requirements under the New York Convention and practice of many countries. On the other hand, the Ukrainian courts have also developed certain practice allowing recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement in some cases.

Before going into detail, it should be underlined that there is no clarity in the Ukrainian legislation and no uniformity in the Ukrainian court practice as to whether non-signatories of the arbitration agreement may be bound by the arbitral award.

Issues with recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement

In Ukraine, in order to initiate recognition and enforcement proceedings, an award creditor must submit to the Ukrainian court an original arbitration agreement or duly certified copy thereof.¹⁰⁷ The award debtor against whom recognition and enforcement is sought in Ukraine should be a party to this arbitration agreement.

This follows from the wording of Article II(1) of the New York Convention requiring the Contracting States to recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.¹⁰⁸

Accordingly, there is a risk that the Ukrainian court may simply refuse to open proceedings due to the absence of an original arbitration agreement or duly certified copy thereof. Even if the proceedings are opened, the award debtor who did not sign the arbitration agreement and is not a party to such arbitration agreement may raise this matter as a defence in the course of the proceedings.

Furthermore, one of the grounds for refusal of recognition and enforcement is invalidity of an arbitration agreement.¹⁰⁹ The award debtor could potentially claim that such arbitration agreement is invalid.

¹⁰⁷ Article 476(4)(2) of the Civil Procedure Code of Ukraine and Article IV(1)(b) of the New York Convention.

¹⁰⁸ Article II(1)7 of the New York Convention.

¹⁰⁹ Article 34(2)(1) of the Law of Ukraine «On International Commercial Arbitration» and Article V(1)(a) of the New York Convention.

Invalidity of an arbitration agreement is equally a ground for setting aside of an arbitral award. Provided the place of arbitration is Ukraine, the award debtor may also initiate setting aside proceedings in order to prevent enforcement.¹¹⁰

Thus, the award creditor may face various difficulties with recognition and enforcement in Ukraine of the arbitral award against the award debtor, who is not a party to the arbitration agreement.

Possibility of recognition and enforcement against non-parties to the arbitration agreement under Ukrainian law

At the same time, Ukrainian law contains no express prohibition for recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement.

First, under Ukrainian law an award creditor is required to submit to the court only information about the participants of the arbitration proceedings, and not the parties to the arbitration agreement.¹¹¹

Second, the review of the arbitral awards by the Ukrainian courts at the stage of recognition and enforcement is rather limited. The courts shall consider the grounds for refusal of enforcement provided in the New York Convention only and may not double-check the correctness of any findings of the arbitral tribunal in the arbitral award, inter alia, on joinder of non-parties to the arbitration proceedings.

Thus, unless the award debtor itself raises the ground relating to the invalidity of the arbitration agreement, there are no formal grounds under the New York Convention for refusal of recognition and enforcement of the arbitral award.

The award debtor may also be viewed by the Ukrainian court as having waived its right to object against recognition and enforcement. For example, a non-party to the arbitration agreement could waive its right to object if it did not timely challenge the jurisdiction of the arbitral tribunal.

Recent Ukrainian court practice relating to recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement

The following Ukrainian court practice shows current approach of the Ukrainian courts to the possibility of recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement.

Recognition of an arbitral award against non-parties

In Case No.756/15952/16-ц, the Supreme Court recognized in Ukraine an arbitral award (enforcement of this arbitral award was not sought) in respect of non-parties to the arbitration agreement.¹¹²

Forbes Media LLC initiated before the Ukrainian courts proceedings on recognition of an AAA arbitral award against United Media Holding NV and Trilado

¹¹⁰ Article 459(2)(1)(a) of the Civil Procedure Code of Ukraine.

¹¹¹ Article 476(2)(3) of the Civil Procedure Code of Ukraine.

¹¹² Resolution of the Supreme Court (Cassation civil court) dated 5 November 2018, Case No. 756/15952/16-ц. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77653835>

Enterprises Inc relating to the use of the «Forbes» trademark. The arbitral award, *inter alia*, provided that: «United Media Holding NV and Trilado Enterprises Inc. as well as all persons, controlled by or affiliated with them, or acting in coordination with them, or who were informed about such award, are prohibited to use, directly or indirectly the trademark, logos and name Forbes, the contents of Forbes, to publish the magazine, website etc with the use of Forbes trademark.»

The first instance court joined to the proceedings three Ukrainian companies affiliated with United Media Holding NV (who were not parties to the arbitration agreement and who did not participate in the arbitration proceedings) noting that these companies refer in their activities to the Licensing Agreement relating to the Forbes trademark, which was terminated by the AAA arbitral award.

The first instance court recognised the arbitral award in Ukraine, including in respect of the above three Ukrainian companies.¹¹³ The appellate and third instance courts upheld the decision of the first instance court.¹¹⁴

Setting aside of an arbitral award rendered against a non-signatory of the arbitration agreement

In Case No.761/605/17, the Supreme Court supported the setting aside of an ICAC arbitral award rendered against a non-signatory of the arbitration agreement.

The arbitration under the Rules of the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry was commenced by the Seller (LG Electronics Inc) against (1) the Buyer (Ukrnextpullbrutt) on the basis of the Sales Contract, and (2) the Surety (ANT YAPI SANAYI VE TICARET ANONIM SHIRKETI (Turkey)) on the basis of the Surety Agreement.

In course of arbitration, the Seller abandoned its claim against the Buyer and arbitration continued only against the Surety. The arbitration clause was contained in the addendum to the Surety Agreement. Only the English version of the addendum was signed by the parties, but the prevailing Russian language version of the addendum was not signed.

The ICAC arbitral award was unfavourable for the Surety, which then initiated setting aside proceedings before the Ukrainian courts. The Surety invoked the breach of public policy in the court of first instance, which, however, refused to set aside the arbitral award on this ground.¹¹⁵

The appellate and third instance courts quashed the decision of the first instance court and set aside the ICAC arbitral award, among other, because the Russian version of the addendum to the Surety Agreement was not signed by the parties.¹¹⁶

¹¹³ Decision of the Obolonskyi District Court of Kyiv City dated 12 January 2018, Case No. 756/15952/16-ц. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71570242>

¹¹⁴ Resolution of the Appellate Court of Kyiv City dated 31 May 2018, Case No. 756/15952/16-ц. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74440272>

¹¹⁵ Ruling of the Shchenchenkivskyi District Court of Kyiv City dated 08 May 2017, Case No. 761/605/17. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66731789>

¹¹⁶ Ruling of the the Appellate Court of Kyiv City dated 10 August 2017, Case No. 761/605/17. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68364323>; Ruling of the High Specialized Court of Ukraine in Civil and Criminal

The Supreme Court upheld the decisions of the appellate and third instance courts on 8 May 2018.¹¹⁷

Enforcement against a non-party to the arbitration agreement on the basis of a waiver in the course of the arbitration proceedings

In Case No. 757/37710/16-ц, failure of a non-party to the arbitration agreement to object to the competence of the arbitral tribunal was construed by the Ukrainian courts as a waiver and the GAFTA arbitral award against such non-party was recognized and enforced in Ukraine.

GAFTA arbitration was initiated by the Creditor (LLC MILLWILL) against the Debtor (LLC «Ukrainian Agrarian Investments») on the basis of the Framework Agreement (for broker services), which did not contain signatures of the parties.

The GAFTA arbitral award was in favour of the Creditor, which initiated the recognition and enforcement proceedings before the Ukrainian courts. The Debtor objected against recognition and enforcement, *inter alia*, due to the absence of a signed arbitration agreement.

The first instance court granted the application for recognition and enforcement. Notably, the first instance court stated that «[t]he Arbitral Tribunal established its jurisdiction to consider the case, and no objections were raised in connection with this issue by the Debtor (Respondent)» in the GAFTA arbitration.¹¹⁸

The appellate court observed that «[t]he [Debtor] participated in the arbitration proceedings» and upheld the decision of the first instance court.¹¹⁹

The Debtor eventually withdrew its cassation claim.¹²⁰

Enforcement in Ukraine of the award in case Everest Estate LLC et al. v. The Russian Federation against state assets and involvement into the proceedings of non-parties to arbitration

The arbitral award in the investment treaty case Everest Estate LLC et al. v. The Russian Federation on recovery of losses in real estate sector in connection with the annexation of the Crimea was rendered against the Russian Federation under the 1998 Ukraine-Russia bilateral investment treaty in favour of the Ukrainian claimants in May 2018.

The claimants then initiated recognition and enforcement proceedings before the Ukrainian courts in July 2018.

The Russian Federation, represented by the Ministry of Justice, was indicated as a sole award debtor in these proceedings.

Matters dated 9 November 2017, Case No. 761/605/17. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70416292>

¹¹⁷ Resolution of the Supreme Court dated 8 May 2018, Case No. 761/605/17. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74022051>

¹¹⁸ Ruling of Pecherskyi District Court of Kyiv City dated 22 December 2016, Case No. 757/37710/16-ц. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63777994>

¹¹⁹ Ruling of the Appellate Court of Kyiv City dated 8 February 2018, Case No. 757/37710/16-ц. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64891319>

¹²⁰ Ruling of the High Specialized Court of Ukraine in Civil and Criminal Matters dated 25 October 2017, Case No. 757/37710/16-ц. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70846153>

The claimants also requested the first instance court to grant interim measures in the form of freezing of shares in the Ukrainian banks, whose shareholders are Russian companies in turn owned or controlled by the Russian Federation, as well as prohibition to those Ukrainian banks to dispose of assets and conduct reorganization and liquidation. The claimants also alleged that the Russian shareholders of the Ukrainian banks shall be liable for the debts of the Russian Federation.

On 5 September 2018, the first instance court granted the request for interim measures.¹²¹

On 25 September 2018, the first instance court allowed recognition and enforcement of the arbitral award in Ukraine against the Russian Federation.¹²²

The Supreme Court commenced appeal proceedings initiated by various non-parties to arbitration (Ukrainian banks and their Russian shareholders) against the ruling on interim measures, as well as ruling on recognition and enforcement of the UNCITRAL arbitral award in Ukraine, which are still pending.

As the court of first instance did not deal with many important issues before it, the Supreme Court will now need to establish its position on:

- jurisdiction of the Ukrainian courts in principle to consider the application on recognition and enforcement of the UNCITRAL arbitral award against the Russian Federation in light of the requirement that Ukrainian courts have jurisdiction only if the debtor is located in Ukraine or the assets of the debtor are located in Ukraine;

- jurisdictional immunity of a foreign State in Ukraine: (1) whether recognition and enforcement proceedings against the Russian Federation without its express consent are allowed; (2) whether any measures of restraint, including interim measures, freezing of assets or enforcement against assets, may be taken against the Russian Federation without its express consent;¹²³

- possibility of enforcement of an investment treaty arbitral award against assets of the Ukrainian banks or assets of their Russian shareholders (which in turn are fully or partially owned or controlled by the Russian Federation), and whether such assets may be viewed as assets owned by the Russian Federation itself.

The future decision of the Supreme Court in this case may become pivotal in shaping the approach of Ukraine to enforcement against non-parties to arbitration agreement, as well as issues of enforcement against state assets.

¹²¹ Ruling of the Appellate Court of Kyiv City dated 5 September 2018, Case No. 796/165/2018. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76300778>

¹²² Ruling of the Appellate Court of Kyiv City dated 25 September 2018, Case No. 796/165/2018. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76717084>

¹²³ The previous position of the higher Ukrainian courts on the matter of jurisdictional immunity of a foreign State in Ukraine was expressed in case relating to the enforcement by Energoalians in Ukraine of the ECT arbitral awards against the Republic of Moldova, where the courts concluded that Energoalians failed to provide any evidence that the Republic of Moldova consented to waive its immunity. See ruling of the Appellate Court of Kyiv City dated 10 December 2014, Case No. 22-ц/796/14544/2014. Available at: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41921318> and ruling of the High Specialized Court of Ukraine in Civil and Criminal Matters dated 21 January 2015, Case No. 6-47918cb14. Available at: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42421142>

There also exist significant risks for Ukraine and Ukrainian state-owned companies if the recognition and enforcement proceedings in Ukraine ultimately succeed in this case.

First, successful enforcement by the claimants of the arbitral award against the Russian Federation using assets of the Ukrainian banks or assets of their Russian shareholders may potentially trigger investment claims against Ukraine under the same 1998 Ukraine-Russia bilateral investment treaty.

Second, creditors of Ukraine could potentially try to enforce their claims against Ukraine using the assets of the Ukrainian state-owned companies and banks in foreign jurisdictions by relying on the same approach, if it is finally supported by the Supreme Court.

Conclusions

Different aspects of recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreement have been raised before the Ukrainian courts. As seen from the already existing court practice, there already exist several positive examples of successful recognition and enforcement of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreements in Ukraine. At the same time, the Ukrainian jurisprudence is not uniform and any recognition and enforcement against non-parties to the arbitration agreement in fact raises serious and fundamental issues of Ukrainian law and application by the Ukrainian courts of the New York Convention. This serves to show that in the future the issue of recognition and enforcement in Ukraine of arbitral awards against non-parties to the arbitration agreements will remain a subject of further debate in the Ukrainian jurisprudence.

ДОМОВЛЕНІСТЬ СТОРІН ЯК ЮРИДИЧНИЙ ФАКТ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

Пленюк М. Д. (Україна)

*завідувач сектору проблем договірних права НДІ приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник*

У статті поняття «домовленість» розглядається як одиничний акт у вигляді юридично спрямованої дії на встановлення, зміну та припинення прав та обов'язків. Звернено увагу, що домовленість сторін як юридичний факт відповідає принципу договірних засад є запорукою в отриманні позитивного арбітражного рішення та виступає основою для арбітражної процедури.

Міжнародний комерційний арбітраж є одним із важливих інструментів в ринковій економіці, адже ефективність способу вирішення спорів, рівень ініціативи та диспозитивності, конфіденційність є привабливими складовими для усіх учасників конфлікту. На відміну від державних судів, міжнародний комерційний арбітраж не є органом державного правосуддя, як один із різновидів третейських судів, займає нішу альтернативного способу вирішення комерційних спорів.

Враховуючи те, що арбітражне рішення може бути примусово виконане у 150 країнах світу, інститут міжнародного комерційного арбітражу є надзвичайно зручним інструментом насамперед для бізнесу. Не менш привабливою ознакою цього інституту вважається й тривалість розгляду судових спорів. Адже, задіяні в арбітражі учасники, добре знають давно відомий вислів, що «час – це гроші», тому зацікавлені в мінімальному за часом розгляді арбітражної справи.

Відомо, що процедура розгляду комерційних спорів в міжнародних арбітражах спрямована насамперед на забезпечення їх оперативного вирішення. Адже, по-перше, арбітраж, який розглядає спір та приймає рішення у справі є єдиним органом, рішення якого є остаточним і не переглядається іншими органами, а, по-друге, отримавши арбітражне рішення, сторона має можливість його швидко виконати.

За загальним правилом, сторони спору можуть розпочати арбітражний розгляд лише за спільною домовленістю, яка фіксується в укладеній ними арбітражній угоді. Саме така угода, на думку Г. Цірат, є наріжним каменем усього інституту міжнародного комерційного арбітражу. З арбітражною угодою, її наявністю та дійсністю тісно пов'язані всі правовідносини, що виникають у сфері міжнародного комерційного арбітражу [1, с. 19].

У тлумачному словнику Блекса, арбітраж – це передача спору на розгляд незалежній (третій) особі, обраній сторонами спору, які заздалегідь погоджуються виконувати рішення цього арбітра, винесене після слухання справи, у ході якого обидві сторони були вислухані [2, с. 549].

Відповідно до ст. 2 Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року, арбітражна угода – це письмова угода,

згідно якої сторони зобов'язуються передати в арбітраж всі чи певні спори, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними договірними чи іншими правовідносинами, об'єкт яких може бути предметом арбітражного процесу.

Американський юрист Г. Борн розглядає арбітраж як засіб, за допомогою якого спір вирішується незаінтересованою особою, відповідно до добровільної угоди сторін [3, с. 1041]. Українські юристи, зокрема Ю. Д. Притика, арбітраж пропонує розглядати як форму приватного правосуддя, яке ґрунтується на угоді, укладеній спеціально для цього сторонами спору, де арбітр наділяється повноваженнями, аналогічними повноваженням судді, водночас ці повноваження впливають із угоди між сторонами [4, с. 37]. Натомість шведський вчений Л. Хойман, арбітражну угоду розглядає як домовленість між двома чи більшою кількістю сторін щодо передачі спору на вирішення арбітражними майбутніх чи вже існуючих спорів чи існуючого непорозуміння в остаточному та зобов'язальному рішенні [5, с. 27]. На нашу думку, враховуючи процеси правової та економічної інтеграції в житті сучасного суспільства домовленість сторін є особливим інструментом у регулюванні приватноправових відносин. Домовленість як юридичний факт у арбітражному процесі відіграє важливу роль та переважає примус як такий.

У сучасній правовій літературі домовленість розглядають через подвійну складову як: 1) компроміс сторін щодо передачі до арбітражу вже існуючих спорів, що виникли на основі конкретних правовідносин (*arbitration submission agreement*); 2) арбітражне застереження про передачу майбутніх спорів до арбітражу, що міститься в основному договорі (*arbitration clause*) [6, с. 179]. На нашу думку, особливої різниці в юридичній силі між наведеними видами немає, адже вони є лише різними юридично-технічними формами одного і того ж інструменту, а саме договору (арбітражної угоди).

В сучасному суспільстві, як зазначила І. В. Бекленіщева, цивільно-правовий договір під впливом утвердження загальнолюдських гуманістичних ідеалів і принципів, ідеї прав людини та цінності особистості набув нового, не властивого для нього раніше значення, а саме, значення елемента загальноєвропейської правової культури [7, с. 8]. Професор Бременського університету Р. Кніпер звертає увагу на те, що договір, з одного боку, став найзначнішим інструментом *excellence* для формування і забезпечення стабільності майнового обороту і динаміки ринкової економіки, а, з іншого боку, надає гарантований правовий титул, що належить конкретній особі, і який без її згоди не може бути переданий іншій особі [8, с. 38]. На думку Н. С. Кузнецової, саме договір у всіх правових системах є одним із основних елементів правопорядку, який юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства, окремих його громадян або їх об'єднань [9, с. 3].

Цивільний кодекс України визначаючи договір як домовленість двох або декількох осіб про встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 626), цим самим визначив, що права і обов'язки слід розуміти

як юридичні категорії, оскільки пов'язані з нормами права, вони виступають своєрідним інформаційним ресурсом про можливе і належне. З моменту вираження волі (утвердження домовленості) контрагентами, юридична конструкція стає юридичною сутністю. При цьому слід розуміти, що права і обов'язки сторін договору як домовленості є пов'язаними із нормами цивільного права безпосередньо, адже вони встановлюються, щоб регулювати дії за погодженими правилами (умовами).

Слід зазначити, що термін «домовленість» у правовій літературі розглядається як одиничний акт у вигляді юридично спрямованої дії на встановлення, зміну та припинення окремих прав та обов'язків. Натомість «договір» становить більш складне формалізоване правове явище яке передбачає виникнення та існування суб'єктивних прав і обов'язків у вигляді договірної зобов'язання контрагентів, діяльність яких взаємопов'язана та спрямована на досягнення певної мети. В межах одного договору можливе вчинення безліч різноманітних дій, які слугують виникненню, зміні та припиненню окремих прав чи обов'язків у рамках єдиного зобов'язання.

Таким чином, арбітражна угода передбачає вчинення дій відповідно до взаємоузгоджених воľ, тобто домовленості сторін арбітражу при вирішенні спору та є основною складовою міжнародного комерційного арбітражу без якої неможливе ініціювання арбітражного процесу та подальше виконання арбітражного рішення.

Юридична конструкція арбітражної угоди, відповідає правилу системності, яке надає можливість знизити ризик проблематики в закріпленні характеру прав і обов'язків і, як зазначила В. В. Ярова, надає можливість посилити цивільно-правовий захист сторін [14, с. 193]. Сторони укладаючи арбітражну угоду погоджують умови, які визначають їх права і обов'язки. Погоджені умови не можуть суперечити нормам ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, звичаям, в тому числі й звичаям ділового обороту, вимог розумності та справедливості (ст. 627 ЦК України).

Аналізуючи конструкцію договору як регулятора цивільних відносин С. О. Погрібний стверджує, що законодавець, закріпивши у ст. 6 ЦК України співвідношення актів цивільного законодавства і договору, тим самим визнав договір нормативним регулятором суспільних відносин, оскільки він визначає норму цивільного права, якою, відповідно, відносини регулюються [10, с. 94]. З наведеного доходимо висновку про регламентацію приватно-правових відносин крізь призму інструментального договірної підходу й в міжнародному комерційному арбітражі. Саме арбітражна угода містить принцип добровільного звернення до зобов'язальної процедури вирішення спору та, відповідно до її умов, сторони спору можуть розпочати арбітражний процес.

Заглиблюючись у площину правової матерії арбітражу звертаємо увагу, що на відміну від цивільного процесу в державних судах, арбітражним не властиво публічно-правові аспекти – вони мінімальні, а тому, на нашу думку, процесуальні дії щодо складу арбітражу, а також дії сторін арбітражного

процесу є тими юридичними фактами в основі яких є домовленість, зокрема домовленість сторін щодо обрання арбітражу у разі виникнення спору тощо. Як приклад наведемо ситуацію, яку при наданні інтерв'ю у газеті «Правовий тижень» прокоментувала Н. С. Кузнецова [11].

До МКАС при ТПП України звернувся позивач із позовною вимогою про притягнення до відповідальності контрагента, який неналежним чином виконував свої зобов'язання за договором зовнішньоекономічного характеру. Матеріали були направлені іншій стороні для визначення арбітра. Сторона, до якої ці матеріали були направлені (відповідач), відмовилася користуватися рекомендаційним списком арбітрів, який затверджений у межах регламенту, і поставила питання про призначення арбітра за межами цього списку. Такий порядок не передбачений регламентом МКАС при ТПП України. Незважаючи на повторну пропозицію обрати арбітра саме з рекомендованого списку, який, між іншим, налічує значну кількість арбітрів, які можуть вирішувати цей спір, відповідач наполягав на своїй кандидатурі. Коли у зв'язку з завершенням строку, встановленого для обрання арбітра стороною, цей арбітр був призначений президентом ТПП України, з такою позицією, що абсолютно чітко визначена регламентом міжнародного комерційного арбітражу, відповідач не погодився і подав позов до Шевченківського районного суду міста Києва, в якому він звертався до президента ТПП України як фізичної особи (але за місцезнаходженням ТПП України) з вимогою припинити дії, що порушують право вільного вибору арбітра, а також до трьох арбітрів, які розглядали цей спір як до третіх осіб.

Суд як орган, який може діяти виключно у спосіб і у порядку, передбаченому процесуальним законом, повинен надати відповідну оцінку цьому позову. Насамперед суд не мав права приймати до розгляду такий позов, тому що діяльність міжнародного комерційного арбітражу виведена за межі державного правосуддя. Тільки в окремих випадках, прямо передбачених ЦПК України та законом «Про міжнародний комерційний арбітраж», сторони можуть звертатися у зв'язку з розглядом спорів до державного суду. Такі ситуації чітко визначені міжнародною конвенцією. Натомість Шевченківський районний суд м. Києва прийняв до розгляду цей позов. Це змусило ТПП, МКАС оскаржити цю ухвалу в апеляційному порядку. В свою чергу, апеляційний суд розглянув апеляційну скаргу, скасував ухвалу і направив справу на новий розгляд в той самий суд, де вже провадження по справі було припинено. Хоча, між іншим, і ця ухвала, оскільки справа попала в державні суди, також може бути оскаржена по всіх інстанціях. Зазначимо, що такими діями був створений певний прецедент, хоча процесуальний та обмежений.

На нашу думку, наведена ситуація свідчить не лише про нерозуміння місця в системі захисту міжнародного комерційного арбітражу як третейського суду як органу з альтернативного вирішення комерційних спорів, а й про загальне неусвідомлення, що саме домовленість сторін виступає основою в арбітражному розгляді справ. У цьому сенсі неабияку роль відіграє й психологічний аспект,

адже контрагенти не завжди прагнуть вирішувати конфлікти шляхом примусових засобів.

З наведених міркувань у правовій літературі часто ставляться питання про судову та договірну природу арбітражу. Так, К. Шмиттгофф виділяючи в арбітражі договірний та судовий елемент, звертає увагу на те, що арбітраж неможливий без згоди сторін. Відтак, договірна теорія арбітражу основана на ототожненні арбітражної та цивільно-правової згоди [12, с. 343]. З наведеного слід зазначити, що в арбітражі домовленість сторін містить одночасно матеріальний і процесуальний наслідок. Адже, як слушно зазначив Л. А. Лунц, єдність волі сторін є явищем не лише будь-якого договору, а й арбітражної процедури, а арбітри, які виносять рішення, діють як повноважні представники (повірені) сторін спору [13, с. 145].

Договірна природа арбітражу відображається насамперед у його виникненні і безпосередньому зверненні до арбітражного суду на основі домовленості сторін. Як відомо, саме за домовленістю сторін може визначатися як сам арбітраж, так і кількість арбітрів, осіб, які виступатимуть як арбітри тощо. До того ж, сама можливість звернення до арбітражу і підсудність справи визначаються також на основі домовленості сторін, що відображена в арбітражній угоді. В арбітражі «*at hoc*» сторони самостійно встановлюють процедуру розгляду, після чого не можуть відступити від неї, не погодивши таких змін між собою.

Отже, з вищенаведеного доходимо висновку про актуальність питання регламентації приватноправових відносин крізь призму інструментального договірного підходу вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Домовленість сторін є юридичним фактом, що відповідає принципу договірних засад є запорукою в отриманні позитивного арбітражного рішення та виступає основою для арбітражної процедури.

Список використаних джерел:

1. Цірат Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж. Навч. посіб. Київ: Істина, 2002. С. 19.
2. Black's Law Dictionary, Fifth edition. St Paul Minn.: West Publishing Co. 1979. P. 549.
3. Born G. International Commercial Arbitration in the United States. Deventer, Boston. 1994. P. 1041.
4. Притика Ю. Деякі аспекти поняття міжнародного комерційного арбітражу і його застосування. Право України. 1995. № 11. С. 36–39.
5. Neuman L. Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, New-York, 2003. P. 27.
6. Мальський М. М. Поняття арбітражної угоди в міжнародному комерційному арбітражі. Часопис Київського університету права. 2011. № 3. С. 178–180.
7. Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. Москва, 2006. С. 8.
8. Кніпер р. Власність, володіння та їх відображення в договірному праві. Право України. 2012. № 9. С. 38.
9. Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. К., 1993. С. 3.

10. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія. Київ: Правова єдність, 2009. С. 94.
11. Кузнецова Н. С. Межі втручання суду у міжнародний арбітраж. URL: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=123608>.
12. Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. Москва: Юрид. лит., 1993. С. 343.
13. Лунц Л. А. Международный гражданский процесс. Москва: Юрид. лит., 1966. С. 145.
14. Яровая В. В. Юридическая конструкция договора как эффективный регулятор гражданско-правовых отношений. Вестник ВолГУ. Серия 9. 2012. Вып. 10. С. 193.

ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ В УКРАЇНІ: НОВИЙ ЕТАП В ІСТОРІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Павло Белоусов (Україна)

адвокат АО «ЮФ «AEQUO», арбітр МКАС при ТПП України

Роман Гришин-Грищук (Україна)

юрист АО «ЮФ «AEQUO»

«Dubia in meliorem partem interpretari debent»¹²⁴

Introductio

Остаточність і виконуваність арбітражних рішень, крім іншого, зумовило всесвітнє визнання та розвиток міжнародного арбітражу, який станом на сьогодні є найбільш успішним та уживаним альтернативним способом розв'язання спорів у світі. Такий успіх міжнародного арбітражу забезпечується, зокрема, і державою шляхом прийняття проарбітражного законодавчого регулювання, і відповідними державними судовими органами шляхом сприяння міжнародному арбітражу в межах, встановлених законодавством України¹²⁵.

З огляду на зростаючу важливість міжнародного арбітражу, ще 60 років тому державами-членами ООН було розроблено та підписано Конвенцію ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (далі – «Нью-Йоркська Конвенція») з метою забезпечення єдиної системи та загальних законодавчих стандартів для визнання та виконання міжнародних арбітражних рішень, а також для визнання арбітражних угод, забезпечуючи автономність арбітражного способу вирішення спору. Відповідно, ратифікація Нью-Йоркської Конвенції у 1960 році стала одним з найбільш важливих кроків України у напрямку створення відповідної системи виконання іноземних арбітражних рішень та міжнародної правової співпраці у сфері примусового виконання арбітражних рішень.

Водночас, Нью-Йоркська Конвенція встановлює основи системи визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, а також виключний перелік підстав для відмови у такому визнанні та виконанні, однак не містить детальної процедури, відповідно до якої уповноважені органи країн-учасниць Конвенції вчиняють дії по визнанню та виконанню арбітражних рішень. Натомість, статтею 2 Нью-Йоркської Конвенції визначено, що процедура визнання і виконання арбітражних рішень врегульована процесуальними нормами тієї держави, на території якої визнається рішення іноземного арбітражного суду.

¹²⁴ Лат. – «Всі неточності і невизначеності повинні тлумачитися найкращим чином на користь сторони, стосовно якої такі неточності виникають».

¹²⁵ Белоусов П. І. Межі дозволеного втручання державного суду в міжнародний арбітраж в Україні: огляд законодавства та судової практики // Науково-практичний юридичний журнал «Альтернативне Вирішення Спорів» №1/2013 – стор. 15-16

Таким чином, для того, щоб визнати та виконати іноземне арбітражне рішення на території України у доповнення до Нью-Йоркської Конвенції необхідно застосовувати положення відповідного українського законодавства: Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (далі – «Закон про МКА») та Цивільного процесуального кодексу України (далі – «ЦПК»). При цьому, слід звернути увагу на те, що Закон про МКА містить лише досить загальні, майже ідентичні Нью-Йоркській Конвенції, положення про те, що арбітражне рішення, незалежно від того, у якій країні воно було винесено, визнається обов'язковим і при поданні до компетентного суду письмового клопотання, виконується з урахуванням положень статті 35 та статті 36, яка містить виключний перелік підстав для відмови у визнанні та виконанні рішення арбітражного суду¹²⁶. Проте, Закон про МКА не встановлює процедури розгляду відповідних клопотань українським судом.

Тривалий час державні суди при розгляді клопотань про визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів, застосовували відповідні положення Указу Президії Верховної Ради СРСР від 21 червня 1988 року «Про визнання і виконання в СРСР рішень іноземних судів та арбітражів» в порядку і межах, встановлених Постановою Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР». Згодом, у 2001 році було прийнято Закон України «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів», який також регулював зазначене питання, а компетенція щодо розгляду питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду була надана апеляційним судам, а саме: Апеляційному суду Автономної Республіки Крим, апеляційному обласному, Київському та Севастопольському міським судам за місцем постійного чи тимчасового проживання або перебування (місцезнаходження) боржника.

З прийняттям у 2004 році нового Цивільного процесуального кодексу України ситуація, з однієї сторони, значно покращилася, оскільки Розділ VIII ЦПК у редакції від 18 березня 2004 року містив детальну процедуру визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, проте вказаний розділ не містив жодного визначення «рішень іноземних судів» та вказівок на те, що положення ЦПК розповсюджуються і на рішення міжнародного комерційного арбітражу, що створювало значні ускладнення при поданні клопотань про визнання та надання дозволу на примусове виконання іноземних арбітражних рішень¹²⁷.

Крім того, у ЦПК в редакції 2004 року було визначено компетенцію українських загальних судів приймати рішення у справах про визнання і виконання рішення арбітражного суду, алгоритм подання і розгляду процесуального документу про визнання і виконання рішення арбітражного суду, виконання такого рішення, тощо. Таким чином, клопотання про визнання та

¹²⁶ Повністю ідентичного до переліку у ст. V Нью-Йоркської Конвенції

¹²⁷ Зазначена проблема була повністю усунена лише із прийняттям Закону України 21 січня 2010 року № 1837-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права»

надання дозволу на примусове виконання розглядались місцевим загальним судом за місцезнаходженням боржника або його майна, рішення якого могло бути переглянуте відповідним апеляційним судом, а згодом оскаржене до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та переглянуте Верховним Судом України. Тобто існувала чотириланкова система так званого сприяння міжнародному арбітражу, яка аж ніяк не відповідала завданню своєчасного розгляду відповідних клопотань та забезпеченню виконуваності арбітражних рішень.

Незважаючи на ратифікацію Нью-Йоркської Конвенції та закріплення детальної процедури про визнання і виконання рішень міжнародних арбітражних судів, учасники вказаної категорії справ до останнього часу стикалися із неоднозначним застосуванням, особливо місцевими загальними судами, Нью-Йоркської Конвенції при розгляді клопотань про визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів, а також помилкового тлумачення положень Конвенції і неоднорідного застосування одних і тих же норм національного процесуального законодавства.

З огляду на вказані проблеми у правозастосуванні та з метою належного виконання міжнародних договірних зобов'язань про сприяння виконання арбітражних рішень на території України і усунення прогалин в процесуальному законодавстві, яке регулює процедуру визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів, до ЦПК та Господарський процесуальний кодекс України («ГПК») були внесені зміни Законом України від 03.10.2017 року №2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів».

Зокрема, у новій редакції ЦПК було введено дволанкову структуру судового розгляду справ про визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів (апеляційний суд – касаційний суд), змінено перелік вимог до змісту заяви про надання дозволу на примусове виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу і перелік підстави для відмови у наданні дозволу на примусове виконання рішень міжнародного арбітражу, а також запроваджено процедуру добровільного виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу про стягнення грошових коштів.

Більше того, аналіз останньої судової практики Апеляційного суду м. Києва та новоутвореного Верховного Суду свідчить про позитивні зміни у застосуванні положень Нью-Йоркської Конвенції та положень національного законодавства при розгляді справ про визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів.

Саме про новели у процесуальному законодавстві стосовно надання дозволу на виконання рішень арбітражних судів на території України та останню правозастосовчу судову практику йтиметься далі.

*Jura novit curia*¹²⁸

Протягом тривалого часу, однією з фундаментальних проблем у справах про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішень міжнародних арбітражних судів було нерозуміння та незастосування суддями положень Нью-Йоркської Конвенції. Так, в інтерв'ю Юридичній Газеті у 2015 році, суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ Олена Іванівна Євтушенко констатувала цю проблему:

*«однією з суттєвих помилок суддів є те, що вони при постановленні ухвали взагалі не зазначають Конвенцію. А це свідчить про те, що вони просто не знають про неї, отже їм необхідно її застосовувати. Суди засовують ЦПК України через те, що це виписано та доступно. А про Нью-Йоркську конвенцію, як я вже казала, вони не знають, хоча це норма міжнародного права та норма прямої дії».*¹²⁹

Тобто, існування закону (міжнародного договору) ще не гарантує, що цей закон буде частиною «живого права» і його норми будуть застосовуватись уповноваженими органами до регулювання правових відносин між суб'єктами права. Лише через розуміння нормативно-правового акту, його мети та функцій, можливе *«органічне»*¹³⁰ правозастосування та ефективне застосування закону чи міжнародної конвенції.

При цьому, як вірно в свій час зазначив Пленум Верховного Суду України, *«своєчасне і правильне вирішення зазначених клопотань [про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішень міжнародного арбітражу] сприяє підвищенню міжнародного авторитету України»*¹³¹. Крім того, належне застосування положень чинних міжнародних договорів *«не лише сприяють розвитку міждержавного співробітництва у різних сферах суспільного життя та належному забезпеченню національних інтересів, здійсненню цілей, завдань і принципів зовнішньої політики України, закріплених у Конституції України, а й можуть завдяки своєму пріоритету над нормами відповідних законодавчих актів України змінювати регулювання правових відносин, установлених законодавством України»*.¹³²

Аналіз останньої судової практики Апеляційного суду м. Києва та новоутвореного Верховного Суду свідчить про зміни в підходах до застосування ратифікованих міжнародних договорів (зокрема, Нью-Йоркської Конвенції)

¹²⁸ Лат. – «Суд сам знає закони»

¹²⁹ «Судді не зазначають Нью-Йоркську Конвенцію, бо не знають про неї». Інтерв'ю // Юридична газета від 13 листопада 2015 р., : <http://yur-gazeta.com/interview/suddi-ne-zaznachayut-nyuyorskku-konvenciyu-bo-ne-znayut-pro-neyi.html>

¹³⁰ **В. Речицький**. Прості цінності конституціоналізму // Бюлетень інформаційно-аналітичних матеріалів «Конституційна Асамблея: політико-правові аспекти діяльності» № 7 2012 – стор. 21-30

¹³¹ Пункт 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 року № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України»

¹³² Пункт 4 постанови Пленуму Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.12.2014 року № 13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя»

та, сподіваємось, уніфікацію судової практики у справах про визнання та виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу в Україні з урахуванням специфіки застосування положення Нью-Йоркської Конвенції.

Так, ще у 2017 році до прийняття змін у процесуальне законодавство Апеляційний суд м. Києва чітко розтлумачив вимоги, передбачені Нью-Йоркською Конвенцією для визнання та виконання рішення арбітражного суду в Україні, вказавши, що *«оскільки відносини щодо визнання Рішення арбітражу регулюються Нью-Йоркською Конвенцією, то з урахуванням викладеного до клопотання про його визнання мають додаватися лише передбачені ст. 4 Нью-Йоркської Конвенції документи, перелік яких є вичерпним»*¹³³.

Іншими словами, при поданні процесуального документу про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення міжнародного арбітражу, в суд необхідно надати лише (1) належним чином засвідчений оригінал арбітражного рішення або належним чином його засвідчену копію та (2) оригінал арбітражної угоди або її належним чином засвідчену копію.

Пред'явлення до документів, передбачених Нью-Йоркською Конвенцією, будь-яких інших додаткових вимог або витребування додаткових документів є прямим порушенням Нью-Йоркської Конвенції.¹³⁴

Вже після набрання чинності нової редакції ЦПК у грудні 2017 року, у справі про визнання та виконання рішення Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма на території України, Верховний Суд звернув увагу на те, що при застосуванні положень Нью-Йоркської Конвенції та процесуального законодавства України судам слід керуватись саме Нью-Йоркською Конвенцією, оскільки *«положення Нью-Йоркської конвенції є обов'язковими до виконання Україною та є пріоритетним та має вищу юридичну силу щодо національного законодавства України (за виключенням Конституції України), що регулюють спірні правовідносини»*.¹³⁵

Крім наведених судових рішень Верховного Суду, в Єдиному державному реєстрі судових рішень є вже чимало інших судових рішень судів України, в яких чітко прослідковується розуміння суддями мети і функцій Нью-Йоркської Конвенції, а також проарбітражна позиція суддів. Зокрема, у постанові від 17.04.2018 року у справі № 904/4384/17 про визнання договору іпотеки недійсним, в якому містилось арбітражне застереження, Верховний Суд вказав, що

«відповідно до статті 2 Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 10.06.1958) кожна Договірна Держава визнає арбітражну угоду, за якою сторони зобов'язуються передавати до арбітражу всі або будь-які суперечки, які виникають або можуть виникнути між ними у зв'язку з якими-небудь конкретними договірними або іншими правовідносинами, об'єкт

¹³³ Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 25.01.2017 року у справі №756/15952/16

¹³⁴ Захарченко Т.Г. Визнання та приведення до виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні. Теорія і Законодавство під ред. І.Г. Побірченка. Київ, 2007; ст. 73

¹³⁵ Постанова Верховного Суду від 27.06.2018 року у справі № 519/15/17

яких може бути предметом арбітражного розгляду. Зазначений обов'язок визнання арбітражної угоди вимагає від суду також тлумачити будь-які неточності в тексті арбітражної угоди та розглядати сумніви щодо її дійсності, чинності та виконаності на користь її дійсності, чинності та виконаності»¹³⁶.

*In optima forma*¹³⁷

Для учасників справ про визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів на території України, проблема праворозуміння та правозастосування суддями законодавства не зводились тільки до незастосування положень Нью-Йоркської Конвенції, але й значною мірою розбіжності між положеннями ЦПК та Нью-Йоркської Конвенцією по аналогічних нормативних питаннях.

Саме з метою заповнення лакун в процесуальному законодавстві та усунення розбіжностей між ЦПК і Нью-Йоркською Конвенцією, Верховною Радою України був прийнятий вже згадуваний Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», який набрав чинності 15 грудня 2017 року, і яким були внесені зміни у ЦПК, в тому числі, в частині регулювання процедури визнання та виконання іноземних арбітражних рішень на території України.

Щодо форми правового регулювання, то у ЦПК в редакції від 3 жовтня 2017 року, на відміну від старої редакції, у Розділі IX вже розмежовано у окремих главах процедури визнання та виконання рішень іноземних судів та рішень міжнародних арбітражних судів¹³⁸.

Щодо змісту правового регулювання, то основні зміни у процедурі визнання та виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу за новою редакцією ЦПК стосуються наступного:

Інстанційна підсудність

На відміну від попередньої редакції ЦПК¹³⁹, справи про визнання та виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу в Україні розглядаються (i) апеляційним загальним судом за місцезнаходженням арбітражу (якщо місце арбітражу знаходиться на території України); або (ii) Київським апеляційним судом (якщо місце арбітражу знаходиться поза межами України)¹⁴⁰

¹³⁶ Постанова Верховного Суду від 17.04.2018 року у справі №904/4384/17

¹³⁷ Лат. – «У найкращій формі, за всіма правилами»

¹³⁸ Див. глави 1-3 Розділу IX ЦПК України

¹³⁹ У ЦПК у редакції від 18 березня 2004 року юрисдикція судів, уповноважених розглядати справи про надання дозволу на примусове виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, визначалась залежно від місця проживання (перебування), місцезнаходженням боржника або за місцезнаходженням в Україні майна боржника (див. ст. 464 ЦПК України у редакції від 18 березня 2004 року)

¹⁴⁰ Див. пункт 3 статті 23 ЦПК України

як судом першої інстанції. Рішення апеляційного суду може бути оскаржене в апеляційному порядку тільки до Верховного Суду¹⁴¹.

Тобто, новою редакцією ЦПК (2017) була введена дволанкова структура судового розгляду справ про визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів (апеляційний суд – Верховний Суд), яка спрямована на пришвидшення розгляду справ про визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів. Більше того, визначення спеціалізації Апеляційного суду м. Києва розглядати справа про визнання та виконання забезпечить ефективність розгляду справ компетентним судом та уніфікацію судової практики.

До грудня 2017 року, апеляційним судом, юрисдикція якого поширюється на місто Київ був Апеляційний суд м. Києва. Однак, Указом Президента України №452/2017 від 29.12.2017 року «Про ліквідацію апеляційних судів та утворення апеляційних судів в апеляційних округах» Апеляційний суд м. Києва було ліквідовано та утворено Київський апеляційний суд в апеляційному окрузі, що включає Київську область і місто Київ, з місцезнаходженням у місті Києві. До утворення Київського апеляційного суду в апеляційному окрузі та опублікування в газеті «Голос України» повідомлення голови Київського апеляційного суду в апеляційному окрузі про початок роботи новоутвореного суду, Апеляційний суд м. Києва продовжував здійснювати свої повноваження¹⁴².

Учасникам справ про визнання та виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів на території України також слід мати на увазі, що у разі, якщо на момент набрання чинності нової редакції ЦПК (15 грудня 2017 р.) справа знаходилася на розгляді суду першої інстанції відповідно до процесуального законодавства, що діяло до внесення змін у процесуальні кодекси, саме місцеві загальні суди є належними судами першої інстанції у справах щодо визнання або скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу.¹⁴³

Перелік вимог до змісту заяви про надання дозволу на примусове виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу

У новій редакції ЦПК законодавець усунув вимогу зазначати мотиви подання процесуального документу про визнання та надання дозволу на виконання рішення іноземного арбітражного суду. Водночас, особі, яка бажає визнати рішення арбітражного суду на території України, у заяві про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, слід вказати:

- найменування суду, до якого подається заява;
- найменування (за наявності) і склад міжнародного комерційного арбітражу, який прийняв рішення, за яким має бути виданий виконавчий лист;

¹⁴¹ Див. пункт 2 статті 24 ЦПК України

¹⁴² Див. ч. 6 ст. 147 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та п. 3 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів»

¹⁴³ Постанова Верховного Суду від 27.06.2018 року у справі №519/15/17

- імена (найменування) учасників арбітражного розгляду (їх представників), їх місце проживання (перебування) чи місцезнаходження;
- дату і місце прийняття рішення міжнародним комерційним арбітражем;
- дату отримання рішення міжнародного комерційного арбітражу особою, яка звернулася із заявою;
- вимоги про видачу виконавчого листа на примусове виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу.

У випадку, якщо заява не містить будь-якої з відомостей¹⁴⁴, що перелічені вище, суд залишає заяву без руху, надавши строк до 10-ти днів для усунення недоліків заяви. Якщо заявник у встановлений строк виконає вимоги ухвали про залишення заяви без руху, заява вважається поданою в день первісного її подання до суду. Якщо недоліки не будуть усунуті у строк, встановлений судом, заява вважається неподаною і повертається заявнику¹⁴⁵.

Підстави для відмови у наданні дозволу на примусове виконання рішень міжнародного арбітражу

Як зазначалось вище, у попередній редакції ЦПК, підстави для відмови у визнанні та виконанні рішень міжнародного арбітражного суду за ЦПК та за Нью-Йоркською Конвенцією відрізнялись. У новій редакції кодексу вказані розбіжності були усунуті шляхом адаптації положень ст. V Нью-Йоркської Конвенції до ЦПК. Відповідно, тепер у ст. 478 ЦПК, як і у ст. V Конвенції розмежовані підстави, коли суд за проханням сторони та за власною ініціативою може відмови у визнанні і наданні дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу.

Адвокатам і суддям слід звернути особливу увагу на ті підстави, при наявності яких суд самостійно відмовляє у визнанні та виконанні рішення міжнародного комерційного арбітражу. До таких підстав, зокрема, належать неарбітрабельність спору (відповідно до закону спір, з огляду на його предмет, не може бути переданий на вирішення міжнародного комерційного арбітражу) та суперечність арбітражного рішення публічному порядку України¹⁴⁶.

Міжнародний комітет з комерційного арбітражу у своїх рекомендаціях суддя наголошує на тому, що з метою охорони публічних інтересів держави суди **можуть** використовувати наведені вище підстави за власною ініціативою, *ex officio*, для відмови у задоволенні заяви про визнання і приведення у виконання арбітражного рішення¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Див. ухвала Апеляційного суду міста Києва від 26.03.2018 року у справі №796/83/2018: апеляційний суд залишив без руху заяву про визнання та надання дозволу на виконання рішення Вільнюського Комерційного Арбітражного Суду, оскільки «у поданій заяві не зазначено дату отримання рішення міжнародного комерційного арбітражу... [стягувачем]»

¹⁴⁵ Див. ч. 5 ст. 476 і ст. 185 ЦПК України

¹⁴⁶ Див. ч. 2 ст. V Нью-Йоркської Конвенції і ч. 2 п. 2 ст. 478 ЦПК України

¹⁴⁷ Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. : пособие для судей / Междунар. совет по коммерч. арбитражу. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – с. 156

Водночас, аналіз судової практики свідчить про те, що Верховний Суд тлумачить вказані положення про відмову таким чином, що **зобов'язує** суди за власною ініціативою перевіряти арбітрабельність спору за законодавством України та питання про можливість порушення публічного порядку у разі задоволення заяви про визнання та виконання рішення міжнародного арбітражного суду. Вказане обґрунтовується тим, що

«принцип диспозитивності судового розгляду застосуванню не підлягає, оскільки визнання та надання дозволу на виконання арбітражного рішення за своєю правовою природою є втручанням у публічний порядок та суверенні права країни, в якій просять визнати арбітражне рішення та надати дозвіл на його виконання. А отже суд першої інстанції має вирішити, чи є таке втручання допустимим та відповідає Нью-Йоркській конвенції та національному законодавству».

З огляду на постанову Верховного Суду, при вирішенні питання про наявність підстав для відмови за ч. 2 ст. V Нью-Йоркської Конвенції, слід врахувати таке.

Арбітрабельність спору. Судам слід дослідити можливість передання спору на розгляд арбітражу, відсутність будь-яких перешкод цьому, а також враховувати суб'єктний склад учасників спору та предмет спору.

При цьому, варто звернути увагу і на те, що після внесення змін до процесуальних кодексів, перелік неарбітрабельних спорів було змінено. Відповідно до ст. 22 ГПК, до спорів, які не можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, відносять:

- спори про визнання недійсними актів, спорів про державну реєстрацію або облік прав на нерухоме майно, прав інтелектуальної власності, прав на цінні папери, а також спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі, з урахуванням ч. 2 ст. 22 ГПК;
- справи у спорах щодо приватизації майна, з урахуванням ч. 2 ст. 22 ГПК;
- справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи;
- справи у спорах, що виникають з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції та захистом від недобросовісної конкуренції, з урахуванням ч. 2 ст. 22 ГПК;
- справи про банкрутство і справи за заявами про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження у справі про банкрутство;
- справи у спорах щодо оскарження актів (рішень) суб'єктів господарювання та їх органів, посадових та службових осіб у сфері організації та здійснення господарської діяльності;
- справи про оскарження рішень третейських судів та про видачу наказу на примусове виконання рішень третейських судів;
- справи у спорах між юридичною особою та її посадовою особою про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи;

- справи про вимоги щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, визнання недійсними актів, що порушують права на майно;
- справи у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності і справи про визнання торговельної марки добре відомою;
- інші спори, які відповідно до закону не можуть бути передані на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу¹⁴⁸.

Суперечність арбітражного рішення публічному порядку України. Суди зобов'язані здійснювати перевірку того, чи призведе до порушення публічного порядку України визнання і звернення до виконання арбітражного рішення. При цьому, з огляду на відсутність законодавчого визначення «публічного порядку України» слід звертатися до судової практики, відповідно до якої:

«під публічним порядком у цьому та інших випадках, коли незаподіяння йому шкоди обумовлює можливість визнання й виконання рішення, належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)»¹⁴⁹;

«під публічним порядком розуміється правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо). Також згідно зі ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» норма права іноземної держави не застосовується тоді, коли її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України»¹⁵⁰.

Штрафні санкції за рішенням міжнародного арбітражу

Врегулювання форми і змісту ухвали про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу (див. ст. 479 ЦПК) усунуло ще одну лауну у процесуальному законодавстві і дозволило врегулювати питання про сплату відсотків за рішенням міжнародного комерційного арбітражу. Тепер, у разі якщо у рішенні міжнародного комерційного арбітражу передбачено сплату відсотків та (або) пеню, які нараховуються відповідно до умов, вказаних у рішенні міжнародного арбітражу, суд повинен вказати в своїй ухвалі про нарахування таких відсотків та (або) пені до моменту виконання рішення з урахуванням чинного законодавства, що регулює таке нарахування. Остаточна сума відсотків (пені) у такому випадку розраховується за правилами, визначеними у рішенні суду, органом (особою), який (яка) здійснює примусове виконання рішення суду¹⁵¹.

¹⁴⁸ Більш детально про неарбітрабельні спори – див. ст.ст. 20, 22 Господарського процесуального кодексу України

¹⁴⁹ Див. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 року №12

¹⁵⁰ Див. ухвалу Верховного Суду України від 24.11.2011 року у справі за клопотанням RosUkrEnergo про визнання та виконання арбітражного рішення ТПС від 08.06.2010 р.

¹⁵¹ Див. ч. 4-5 ст. 479 ЦПК України

Положення ЦПК, якими було врегульоване питання про сплату відсотків за рішенням міжнародного комерційного арбітражу будуть введені в дію з 01.01.2019 року (див. п. 2 *Перехідних положень ЦПК*). При цьому, в судовій практиці вже наявне рішення Верховного Суду, яким фактично вказані положення були застосовані судом для вирішення 4-річного судового спору між компанією «NIBULON SA» і ПАТ «Компанія «Райз» про визнання рішення апеляційної колегії Арбітражного суду Міжнародної асоціації торгівлі зерном та кормами (GAFTA).

Цитуючи ч. 4-5 ст. 479 ЦПК, Велика Палата Верховного Суду зазначила, що *«законодавець визначив напрямок розвитку вказаних правовідносин щодо виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу в частині нарахування виконавцем відсотків та (або) пені відповідно до умов, вказаних у такому рішенні»*.

Враховуючи наведене та виходячи із принципів і завдань цивільного судочинства, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що

«рішення апеляційної колегії Арбітражного суду Міжнародної організації торгівлі зерном та кормами (GAFTA) №4323A(i) від 23 травня 2014 року не містить двозначності стосовно того, в якому розмірі боржник має сплатити відсотки на користь стягувача. А проведення виконавцем розрахунку відсотків не є втручанням у відносини, врегульовані в арбітражному застереженні, та не може вважатися виходом за межі повноважень і порушенням публічного порядку»¹⁵².

Вказане рішення Верховного Суду забезпечило формування нової судової практики для оперативного вирішення питання про сплату нефіксованих відсотків та пені, вказаних у рішенні міжнародного арбітражу.

Добровільне виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу про стягнення грошових коштів

Тривалий час в Україні діють значні обмеження стосовно вивезення, переказування і пересилання за межі України валютних цінностей¹⁵³. З урахуванням вказаного, у разі винесення арбітражного рішення про стягнення грошових коштів з резидента України на користь нерезидента, добровільне виконання такого рішення значно ускладнене, оскільки для переказу валюти закордон за рішенням міжнародного арбітражу банки потребували надання відповідної ухвали суду або виконавчий лист.

Законодавець врахував вказані труднощі, з якими стикаються стягувач і боржник, і в новій редакції ЦПК забезпечив право боржника подати заяву про визнання і надання дозволу на добровільне виконання рішення міжнародного

¹⁵² Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 15.05.2018 року у справі №759/16206/14-ц

¹⁵³ Див. Декрет Кабінету Міністрів України від 19.02.1993 року №15-93 «Про систему валютного регулювання та валютного контролю»; Положенням про порядок видачі індивідуальних ліцензій на переказування іноземної валюти за межі України для оплати банківських металів та проведення окремих валютних операцій від 17.06.2004 року №266

комерційного арбітражу про стягнення грошових коштів, щоб боржник мав змогу отримати усі формальні документи (виконавчий лист), що вимагаються банком для проведення операції із переказу валюти закордон. Відповідно, якщо заява відповідає процесуальним вимогам встановленим у ст. 480 ЦПК та суд дійде висновку, що спір є арбітрабельним і арбітражне рішення не суперечить публічному порядку (див. пункт (3) вище), суд повинен задовольнити заяву про надання дозволу на добровільне виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу.

На час написання цієї статті, у судовому реєстрі було наявне тільки одне судові рішення, яким задоволено заяву про добровільне виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу.¹⁵⁴

Визначення гривневого еквіваленту суми, яка підлягає стягненню за арбітражним рішенням

У старій редакції ЦПК, суд, який розглядав клопотання про визнання і надання дозволу на виконання, на день постановлення ухвали про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу був зобов'язаний визначити гривневий еквівалент суми в іноземній валюті, яка підлягала стягненню за арбітражним рішенням, що в свою чергу створювало цілу низку проблем як із курсовою різницею на момент фактичного виконання, так і з переказом стягнутої виконавцем суми в гривні на рахунок стягувача закордоном.

Після внесення змін у ЦПК, у суду більше нема такого обов'язку. Тепер, якщо у рішенні міжнародного комерційного арбітражу суму стягнення зазначено в іноземній валюті, суд, який розглядає це клопотання, вказує гривневий еквівалент стягнутої суми **лише** у разі подання стягувачем відповідної заяви.¹⁵⁵

Забезпечення позову у справах про надання дозволу на примусове виконання рішення міжнародного арбітражного суду

У справах про визнання та виконання рішення міжнародного арбітражного суду, доволі часто стягувачі за арбітражними рішеннями просять національний суд накладати заходи забезпечення на боржника для забезпечення належного виконання арбітражного рішення¹⁵⁶. Право стягувача подати заяву про вжиття заходів забезпечення позову було гарантоване як у старій редакції, і в новій редакції ЦПК.

Водночас, після введення у ЦПК інституту зустрічного забезпечення¹⁵⁷, перед судами постало питання про застосування інституту зустрічного забез-

¹⁵⁴ Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 21.05.2018 року у справі №2-к/796/37/2018

¹⁵⁵ Див. ч. 6 ст. 479 ЦПК України

¹⁵⁶ Див. напр. ухвалу Апеляційного суду міста Києва від 05.09.2018 року у справі про визнання та надання дозволу на виконання рішення Арбітражного суду (м. Гаага, Королівство Нідерландів) від 02 травня 2018 року у справі ПТС №2015-36 про стягнення сум з боржника – Російської Федерації

¹⁵⁷ Відповідно до ст. 154 ЦПК України «суд може вимагати від особи, яка звернулася із заявою про забезпечення позову, забезпечити відшкодування збитків відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову»

печення у справах про визнання та надання дозволу на виконання рішення міжнародного арбітражу. Особливої актуальності питанню про застосування заходів забезпечення і зустрічного забезпечення додає і те, що стягувачі за арбітражними рішеннями часто не мають зареєстрованого в установленому законом порядку місцезнаходження на території України або майна, що знаходиться на території України, в розмірі, достатньому для відшкодування можливих збитків боржнику у разі відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення (у разі наявності вказаних умов, суд зобов'язаний застосувати заходи зустрічного забезпечення).

Для вирішення вказаної проблеми, слід звернути увагу на постанову від 25.07.2018 року, в якій Верховний Суд зазначив, що «визнання та надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу – це **вид непозовного цивільного судочинства**, що врегульоване спеціальним розділом IX ЦПК України, і у порядку якого розглядаються цивільні справи на предмет відповідності рішення міжнародного комерційного арбітражу встановленим міжнародними договорами України та законом правилам щодо форми і змісту та наявності встановлених підстав для відмови у визнанні й примусовому виконанні».¹⁵⁸

Відповідно, не всі правові інструменти, які слід застосовувати у позовному провадженні, можуть бути застосовані у непозовному провадженні при вирішенні питання про накладення заходів забезпечення та зустрічного забезпечення. Саме такими мотивами керувався Апеляційний суд м. Києва, який у справі про визнання і надання дозволу на виконання рішення Вільнюського комерційного арбітражного суду, відмовився накладати зустрічні заходи забезпечення на стягувача-нерезидента.

Так, вирішуючи питання про можливість накладення зустрічних заходів забезпечення у справі про визнання та надання дозволу на виконання арбітражного рішення, апеляційний суд вказав таке:

«Ні стаття 477 ЦПК України, ні розділ IX ЦПК України не передбачають права боржника, щодо якого визнається та надається дозвіл на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу в Україні, подавати заяву про зустрічне забезпечення. Відсутність такого права обумовлюється тим, що рішенням міжнародного комерційного арбітражу встановлюються обставини, які не можуть бути спірними під час судового розгляду вказаної заяви.

Рішення арбітражного суду є остаточним та безспірним, оскільки під час вирішення питання про його визнання та виконання, суд не вирішує спір між сторонами по суті, не змінює рішення, а лише вирішує питання про можливість його визнання рішення та примусового звернення до виконання й видачі виконавчого листа. Відповідно, накладення заходів забезпечення на особу-боржника в ході процесу визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення

¹⁵⁸ Постанова Верховного Суду від 25.07.2018 року у справі №761/41709/17

міжнародного комерційного арбітражу в Україні має єдину мету – запобігти ускладненню чи унеможливленню виконання такого рішення.

Таким чином, суд приходить до висновку, що в межах розгляду заяви про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, суд має право розглядати питання лише щодо заходів забезпечення позову, а можливість звернення до суду із клопотанням про зустрічне забезпечення в рамках заявленого предмету розгляду справи, чинним законодавством не передбачена»¹⁵⁹.

Finitione

Вищевказані зміни у процесуальному законодавстві не знімають всіх проблем, що наразі існують при розгляді справ про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення міжнародного арбітражного суду на території України. Зокрема, це стосується строків та процедури розгляду, що за задумом розробників нової редакції ЦПК України мають бути спрощеними та швидкими, проте така категорія справ досить часто розглядається за правилами та у строки, характерні до позовного провадження із застосуванням відповідних елементів позовного провадження: витребування доказів, зупинення провадження, тощо.

Крім того, однією з проблем, з якою досі стикаються учасники справ про визнання та надання дозволу на виконання рішення іноземного міжнародного арбітражного суду, є входження в обговорення судами, які вирішують питання про визнання та надання дозволу на виконання рішення іноземного міжнародного арбітражного суду, правильності рішення арбітражного рішення по суті.

З огляду на вказане, судам слід мати на увазі, що входження в обговорення арбітражного рішення по суті суперечить як фундаментальним принципам права, так і висновкам касаційного суду. Як наголосив Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ:

«остаточність арбітражного рішення полягає у тому, що під час вирішення питання про його визнання та примусове виконання суд не переглядає спір по суті, не змінює рішення, а лише вирішує питання про можливість його визнання та примусового звернення до виконання й видачі виконавчого листа (частина перша статті 35 Закону №4002-XII, пункт 12 постанови Пленуму ВСУ №12). Інакше є порушенням не лише зазначених норм права, а й принципу правової певності, який згідно з прецедентною практикою Європейського суду з прав людини є невід’ємною складовою права на справедливий суд»¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 07.09.2018 року у справі №796/129/2018

¹⁶⁰ Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами справ про оспорування рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду України при Торгово-промисловій палаті України та про визнання та виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів» від 11 грудня 2015 року

Сподіваємось, що внесені зміни у процесуальне законодавство, що регулює питання про визнання та надання дозволу на примусове виконання рішення міжнародного арбітражного суду на території України, та проарбітражна позиція Верховного Суду буде сприяти своєчасному та правильному вирішенню справ про визнання та виконання рішень міжнародних арбітражних судів на території України, а отже сприяти інвестиційній привабливості України та забезпечувати передбачуваність у відносинах та захист прав та інтересів тих, хто обрав міжнародний арбітраж як засіб вирішення спорів¹⁶¹.

¹⁶¹ Роз'яснення Міністерства юстиції України від 07.05.2010 року №26-50/284 «Щодо порядку визнання і виконання за кордоном рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України»

СУПЕРЕЧНІСТЬ АРБІТРАЖНОГО РІШЕННЯ ПУБЛІЧНОМУ ПОРЯДКУ УКРАЇНИ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ВІДМОВИ У НАДАННІ ДОЗВОЛУ НА ЙОГО ВИКОНАННЯ

Кот О. О. (Україна)

доктор юридичних наук, керуючий партнер ЮФ «АНТИКА», старший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Заслужений юрист України

Глобалізація світових економічних процесів зумовлює необхідність забезпечення реальних та дієвих інструментів врегулювання зовнішньоекономічних спорів на національному рівні, в тому числі, шляхом гарантування можливості визнання та виконання арбітражних рішень. Створення комфортних умов ведення міжнародних комерційних відносин є передумовою для залучення іноземних інвестицій та запорукою успішного розвитку будь-якої країни.

Саме тому для покращення інвестиційного клімату нашої держави надзвичайно важливим є вироблення єдиного підходу до розуміння особливостей виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів та підстав для відмови у їх визнанні і наданні відповідного дозволу на виконання.

Порядок виконання арбітражних рішень в Україні регулюється Главою 3 Розділу IX Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Зокрема, стаття 478 ЦПК України передбачає, що суд відмовляє у визнанні і наданні дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, якщо суд визнає, що визнання та виконання цього арбітражного рішення суперечить публічному порядку України.

Така конструкція вказаної норми створює певні неоднозначності під час її практичного застосування, оскільки українське законодавство не містить визначення поняття «публічний порядок» та умов, за яких такий порядок вважається порушеним.

В контексті наведеного слід зазначити, що згідно рекомендацій Асоціації міжнародного права, міжнародний публічний порядок будь-якої держави включає в себе фундаментальні принципи, які відносяться до справедливості або моралі, які ця держава бажає захистити, навіть якщо вона не була безпосередньо задіяна у спорі; правила, призначені для обслуговування основних політичних, соціальних або економічних інтересів держави, відомих як *lois de police* або *public policy rules*; обов'язки держави виконувати свої зобов'язання перед іншими державами або міжнародними організаціями.¹⁶²

В свою чергу, Комітет з міжнародного комерційного арбітражу Міжнародної асоціації юристів вважає, що міжнародний публічний порядок охоплює

¹⁶² Керівництво МРКА по тлумаченню Нью-Йорської конвенції 1958 р., Берлін Інфотропик Медіа: М., 2012., с. 92.

«принципи і норми, визнані в державі, які за своєю природою можуть перешкоджати визнанню і виконанню арбітражного рішення, винесеного у контексті міжнародного комерційного арбітражу, коли визнання і виконання зазначеного рішення спричинить їх порушення, з точки зору процедури прийняття рішення (процесуальний міжнародний публічний порядок) чи його змісту (матеріальний міжнародний публічний порядок)».¹⁶³

Визначення публічного порядку знайшло своє відображення у практиці іноземних судів. Наприклад, Апеляційний суд Мілану вважає, що публічний порядок, наведений у ст. V (2) (b) Нью-Йоркської конвенції, означає сукупність універсальних принципів, які поділяються народами подібної цивілізації, спрямовані на захист основних прав людини, часто втілені у міжнародних деклараціях або конвенціях.¹⁶⁴

Верховний Суд Люксембургу розуміє публічний порядок як «все, що впливає на істотні принципи управління правосуддям або виконання договірних зобов'язань», в той час як у Бельгії публічний порядок стосується «цінностей, істотних інтересів держави чи суспільства, чи приватних законів, що встановлюють правові основи, на яких базується економічний чи моральний порядок суспільства».¹⁶⁵

Федеральний суд Швейцарії зазначає, що «рішення суперечить публічному порядку, якщо воно порушує фундаментальні принципи таким чином, що є несумісним з нашим правовим порядком і системою цінностей».¹⁶⁶

Щодо практики українських судів, то слід зазначити, що у п. 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 року №12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» роз'яснено, що під публічним порядком у цьому та інших випадках, коли незаподіяння йому шкоди обумовлює можливість визнання й виконання рішення, належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо).

Попри наявність таких роз'яснень, суди інколи вдаються до більш розширеного тлумачення вказаного терміну, аналізуючи його зміст. Так, Верховний Суд у постанові від 23.07.2018 року по справі №796/3/2018, процитувавши зазначений вище п. 12 Постанови Пленуму ВСУ додав, що міжнародний публічний порядок будь-якої країни включає фундаментальні принципи і засади правосуддя,

¹⁶³ Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. International Law Association. New Delhi Conference (2002). Committee on International Commercial Arbitration. 2002. 19 p.

¹⁶⁴ Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. International Law Association. London Conference (2002). Committee on International Commercial Arbitration. 2000. 36 p.

¹⁶⁵ Gui J. Conde e Silva. Transnational Public Policy in International Arbitration. London: Queen Mary College, University of London, 2007. 254 p

¹⁶⁶ Tribunal Fédéral, 13 November 1998 (X SA, et al. v. Z SA) // ICCA Yearbook Commercial Arbitration. – 2000. – Vol. XXV. – p. 511-516.

моралі, які держава бажає захистити навіть тоді, коли це не має прямого стосунку до самої держави; правила, які забезпечують фундаментальні політичні, соціальні та економічні інтереси держави (правила про публічний порядок); обов'язок держави з дотримання своїх зобов'язань перед іншими державами та міжнародними організаціями. Це ті незмінні принципи, які виражають стабільність міжнародної системи: у тому числі суверенітет держави, невтручання у внутрішні справи держав, не порушення територіальної цілісності тощо.¹⁶⁷

Тобто, суд по суті доповнив визначення публічного порядку, надане Пленумом ВСУ, положеннями Рекомендації Асоціації міжнародного права 2002 року. Ця справа цікава й тим, що в ній суд зробив висновок про наявність обов'язку у боржника обґрунтувати факт порушення публічного порядку України виконанням арбітражного рішення та підтвердити такі обґрунтування відповідними доказами.

Однак, буквальне тлумачення ст. V (2) (b) Нью-Йоркської конвенції та пп. б п. 2 ч. 1 ст. 478 ЦПК України дає підстави для висновку про відсутність такого обов'язку у боржника, оскільки вказані норми містять формулювання «якщо суд визнає (знайде)», що свідчить про необхідність використання цих застережень судами *ex officio*.

Необхідність диференціації підстав для відмови у визнанні та виконанні арбітражних рішень, наведених у ст. V Нью-Йоркської конвенції, відзначається і в юридичній літературі. Так, на думку Л.П. Ануфрієвої, підстави частини першої цієї статті є факторами, на які вправі посилається сторона, проти якої прийнято рішення, тоді як іншу групу підстав, які знайшли своє відображення в другій частині у ст. V Нью-Йоркської конвенції складають обставини, які повинні бути встановлені судом *ex officio*, тобто в силу службового обов'язку самостійно, без будь-якого їх обґрунтування зацікавленою стороною.¹⁶⁸

Таку ж точку зору висловлюють італійські суди, пояснюючи це неможливістю одночасного застосування ст. V (1) (b) та ст. V (2) (b) Нью-Йоркської конвенції, оскільки перша норма може бути застосована лише з ініціативи зацікавленої сторони, в той час як друга застосовується з власної ініціативи суду.¹⁶⁹

Подібний підхід інколи застосовують і українські суди. Наприклад, у справі №519/15/17 Верховний Суд дійшов висновку, що підстави, наведені в пункті 2 статті V Нью-Йоркської конвенції, охороняють публічні інтереси держави, в якій подано клопотання про примусове виконання, та, відповідно, суди вправі використовувати їх *ex officio*, тобто в силу власних зобов'язань суду держави,

¹⁶⁷ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75528563>

¹⁶⁸ Л.П. Ануфрієва «Международное частное право: в 3-х т. Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс: Учебник. – М.:Издательство БЕК, 2001, – 768 с. (с.186-187)

¹⁶⁹ Benedettelli M., Sabatini M. Public policy and Italian law of international arbitration. 24 April 2015. 18 p. URL: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=5A72D320-0070-45E3-88E3-848A81A23338> [с. 6-7].

після подання заяви про визнання й звернення до виконання арбітражного рішення.

Тобто суд держави, в якій подане таке клопотання, зобов'язаний *ex officio*, згідно з природою власних повноважень та його правовим статусом у державі, перевірити за власною ініціативою та в обов'язковому порядку дотримання публічного порядку в кожному випадку, незалежно від того, чи посилається сторона, яка заперечує проти визнання та звернення до виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, на предмет існування названих перешкод для такого звернення і його задоволення судом.¹⁷⁰

Водночас, у справі №761/46285/16-ц Верховний Суд постановив, що принцип диспозитивності судового розгляду в таких справах застосуванню не підлягає, оскільки визнання та надання дозволу на виконання арбітражного рішення за своєю правовою природою є втручанням у публічний порядок та суверенні права країни, в якій просять визнати арбітражне рішення та надати дозвіл на його виконання. А отже суд першої інстанції має вирішити, чи є таке втручання допустимим та відповідає Нью-Йоркській конвенції та національному законодавству.¹⁷¹

Важливим при цьому є правильне визначення обставин, що можуть свідчити про порушення публічного порядку та можуть слугувати підставою для відмови у визнанні та виконанні рішення міжнародного комерційного арбітражу.

Досліджуючи вказане питання, у жовтні 2015 року Підкомітет із визнання і виконання арбітражних рішень Міжнародної асоціації юристів, проаналізувавши доповіді 39 країн-учасниць Нью-Йоркської конвенції про застосування застереження про публічний порядок як підставу для відмови у визнанні і виконанні іноземних арбітражних рішень, відзначив, що в усіх країнах спостерігаються дві групи порушень, які стали підставою для відмови у визнанні і виконанні рішень з мотивів їх несумісності із публічним порядком: матеріальні та процесуальні.

До процесуальних порушень Підкомітет відніс порушення права бути почутим чи права на належний процес; порушення рівних можливостей сторін представити справу; винесення рішення внаслідок обману або на підставі сфальсифікованих документів; винесення рішення внаслідок підкупу або погрози арбітру, порушення принципу *res judicata*: недостатність незалежності чи неупередженості арбітра, повна відсутність аргументації в арбітражному рішенні, тощо.

Частими матеріальними порушеннями, судячи із доповіді, є порушення антимонопольного та конкурентного права ЄС; *pacta sunt servanda*; рівності кредиторів у ситуаціях неспроможності; імунітету держави; заборони каральних збитків; заборони стягнення занадто високих відсотків, тощо. У деяких юрисдикціях неарбітрабельність спорів також розглядалася як прояв порушення матеріального публічного порядку, незважаючи на те, що неарбітрабельність

¹⁷⁰ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75717009>

¹⁷¹ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76502952>

спорів є окремою підставою для відмови у визнанні і виконанні іноземних арбітражних рішень.¹⁷²

Порушення публічного порядку як підстава для відмови у визнанні та виконанні арбітражних рішень міститься також у ст. 34 Типового закону Комісії ООН з прав міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) щодо міжнародного торгівельного арбітражу від 21.06.1985 року¹⁷³.

У Доповіді з приводу роботи вісімнадцятої сесії ЮНСІТРАЛ, коментуючи ст. 34 Типового закону, Комісія вказала, що термін «публічний порядок» охоплює фундаментальні принципи права і справедливості як матеріальні, так і процесуальні. Відтак, випадки корупції, хабарництва чи шахрайства або інші серйозні випадки є підставою для відміни рішення. У зв'язку із цим вираз «суперечать публічному порядку держави» не може тлумачитися як такий, що виключає випадки, що стосуються способу, у який рішення було винесено.¹⁷⁴

Також, вважаємо за доцільне звернути увагу на судову практику іноземних судів вирішення питання про виконання арбітражних рішень.

Так, наприклад, Апеляційний суд Баварії відмовив у визнанні та виконанні винесеного в Росії арбітражного рішення з посиланням на публічний порядок, тому що арбітражне рішення було винесено після того, як сторони досягли мирової угоди, яка була прихована від арбітрів.¹⁷⁵

Цікавий підхід до розуміння обставин, що порушують публічний порядок демонструють грецькі суди. Так, Апеляційним судом Афін рішення МКАС при ТПП України в частині стягнення штрафу було визнано таким, виконання якого порушить міжнародний публічний порядок Греції, оскільки згідно вказаного рішення відбулось збільшення суми заборгованості боржника майже на 65% порівняно із сумою основного боргу за період, що не перевищував 5 місяців. Вказане суд вважав непропорційно високим з огляду на інтереси сторін, ступінь винуватості покупця, несприятливі економічні умови та обставини конкретної угоди в цілому, тому визнав рішення арбітражу лише в частині основного боргу.¹⁷⁶

Аналізуючи національну судову практику можна констатувати, що підхід українських судів до розуміння обставин, які свідчать про можливість порушення публічного порядку, доволі нетривіальний.

Так, відповідно до роз'яснень, викладених в п. 21 інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

¹⁷² IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, October 2015. 19 p.

¹⁷³ <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995879>

¹⁷⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as adopted in 2006. URL: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

¹⁷⁵ Німеччина, Верховний земельний суд Баварії, 20.11.2003 року (Seller v. Buyer) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) pp. 771-775 (Germany no. 71).

¹⁷⁶ **Antonios D. Tsavdaridis**. Punitive Damages Awarded in Arbitration Refused Enforcement. International Law Office. URL: <http://www.internationallawoffice.com/directory/biography.aspx?g=38eff655-71bb-4b57-9126-7b89f948c5ee>

«Про практику розгляду судами справ про оспорування рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду України при Торгово-промисловій палаті України та про визнання та виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів», посилення на порушення публічного порядку залишається, як правило, найпоширенішим аргументом сторони, яка програла арбітраж і намагається уникнути виконання винесеного проти неї рішення або максимально таке виконання відтермінувати. Намагаючись переконати суд, як орган державної влади, така сторона спирається на такі теоретичні та оціночні поняття, як «принцип законності», «загальні засади права», «справедливість», «добросовісність» та «розумність», але не на конкретні положення законодавства або обставини справи.

Яскравий прикладом цього може вважатися вже згадана постанова Верховного Суду від 05.09.2018 року по справі №761/46285/16-ц, в якій суд зазначив, що посилення на порушення публічного порядку може мати місце тільки у випадках, коли виконання іноземного арбітражного рішення несумісне з основами правопорядку держави. Та обставина, що стягувач є компанією Російської Федерації, яка, у свою чергу визнана в Україні державою-агресором, сама по собі не може розглядатися як підстава для невиконання договірних зобов'язань. Суд зазначив, що події, які сталися в Україні починаючи з лютого-березня 2014 року, та визнання Російської Федерації країною-агресором по відношенню до України не вплинуло на приватноправові відносини, що склалися між сторонами на підставі договору та на їх зобов'язання, що виникли на підставі цього договору.

Підводячи підсумки зазначимо, що на сьогодні відсутня нагальна необхідність визначення на законодавчому рівні поняття публічного порядку, оскільки його зміст досить обширний, що значно ускладнює конкретизацію вказаного терміну. Більш того, відсутність такого визначення не позбавляє суд можливості самостійно встановити суть цієї правової категорії, керуючись при цьому загальними засадами верховенства права та напрацюваннями міжнародних установ. При цьому, суд повинен *ex officio*, тобто в силу своїх службових обов'язків, досліджувати подане для визнання та приведення до виконання арбітражне рішення на предмет можливості порушення публічного порядку України в результаті його виконання, незалежно від посилань сторін на наявність або відсутність таких підстав.

ВИЗНАННЯ АРБІТРАЖНОГО РІШЕННЯ: ПРАВОВА ПРИРОДА, МЕХАНІЗМ ТА ЗНАЧЕННЯ

Кочин В.В. (Україна)

кандидат юридичних наук, завідувач відділу методології приватноправових досліджень Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. (далі – Конвенція 1958 року) є яскравим прикладом перенесення суспільних відносин із площини публічно-правового регулювання у приватноправову сферу. Метою Конвенції 1958 року у перше чергу є усунення та недопущення дискримінації у відношенні іноземних арбітражних рішень, додатково – вимога до національних судів держав-учасників у повній мірі визнавати арбітражні угоди¹⁷⁷. Таким чином, визнання арбітражного рішення та його виконання є послідовністю дій держави, зокрема її судових органів, щодо надання можливостей суб'єктам приватних відносин поза державної системи (за межами правових форм діяльності держави) не лише отримати вирішення юридичного спору, а й виконати його вже за допомогою публічного механізму.

Крім того, Конвенція 1958 року є міжнародним стандартом гармонізації як матеріальних норм приватного права (в частині свободи договору), так і норм процесуального законодавства, стаючи свого роду навіть вже технічною необхідністю або як підкреслюють у європейських дослідженнях – справедливою ціною, без якої інший варіант був би неможливим¹⁷⁸.

Таке «ставлення» держави до арбітражної угоди та арбітражного рішення навряд чи можна назвати саморегулювання відносин або приватизацією судочинства, адже держава не передавала свої повноваження певного органу, а також не «обмежила» втручатися у відповідні відносини. З огляду на це маємо на меті з'ясувати правову природу, механізм та значення визнання арбітражного рішення з огляду на правові форми діяльності судових органів.

Частина 1 ст. II Конвенції 1958 року передбачає, що держава визнає письмову угоду, відповідно до якої сторони зобов'язані передати до арбітражу всі чи будь-які спори, що виникають між ними щодо будь-якого конкретного договірної чи іншого правовідношення, об'єкт якого може бути предметом арбітражного розгляду. Назване право сторін є не лише визнанням свободи договору, а й забезпечена гарантія недержавного вирішення спору в силу ч. 3 ст. II Конвенції 1958

¹⁷⁷ Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). ООН. Вена, 2016. С. 1.

¹⁷⁸ The private law systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code. Comparative study of the systems of private law of the EU Member States with regard to discrimination on grounds of nationality and on the scope and need for the creation of a European Civil Code. European Parliament. Luxembourg, 1999. P. 87.

року, адже суд повинен направити сторони до арбітражу, якщо не встановить, що ця угода є недійсною, такою, що втратила силу чи не може бути виконаною.

Внаслідок такого визнання у юридичній літературі виокремлюють різні теорії арбітражної угоди (договірна, процесуальна, змішана, автономна)¹⁷⁹. Кожна з них має свої особливості та відчутний вплив в Україні, тому на переконання Є. Д. Боярського за умови збалансованого підходу до них можуть бути ефективно застосовані¹⁸⁰. З огляду на це слід лише додати, що попри різнобічність підходів до арбітражної угоди держава не лише визнає її як регулятор відносин (в частині врегулювання спору), а й вчиняє дії щодо її реалізації.

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не містить окремих положень про визнання арбітражної угоди, проте цілком відтворює норми про її значення для сторін (ст. 7–8). Таким чином, арбітражна угода фактично «виводить» відносини за межі юридичного спору, на який поширюється юрисдикція суду в Україні або обов'язкового досудового порядку урегулювання спору (ч. 3–4 ст. 124 Конституції України). Тому, слід погодитися з С. О. Кравцовим, який доводить, що природу арбітражної угод та її оспоримість в державних судах доречно розглядати не лише у традиційному аспекті співвідношення з основним контрактом, але й в аспекті дійсності арбітражної угоди, яка стосується не тільки оцінки цієї угоди на предмет відповідності формальним критеріям, але і визнання повноважень державних судів і міжнародного комерційного арбітражу щодо оцінки арбітражної угоди¹⁸¹.

Враховуючи класифікацію альтернативних способів вирішення спорів, удосконалену Любченком Я.П., арбітраж знаходить своє окреме місце відповідно до кожної класифікаційної групи, зокрема, за: формою вирішення спору, правовою основою, метою, принципами процесу: особливостями правозастосовчого процесу, обов'язковістю виконання рішень, участю третьої сторони, формалізованістю, відкритістю¹⁸².

Попри це звертаємо увагу, що ключовим елементом для визнання арбітражної угоди для суду є предмет спору, що може передаватися до міжнародного комерційного арбітражу. Зокрема йдеться спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з

¹⁷⁹ Мальський М. М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти: Монографія. Львів: Літопис, 2013. С. 32.

¹⁸⁰ Боярський Є. Д. Основні теорії правової природи міжнародного комерційного арбітражу та їх ознаки у праві України // Міжнародний комерційний арбітражний суд: відповідність сьогоденню: зб. наук. пр.; за ред. О. Д. Крупчана. К., 2013. С. 39.

¹⁸¹ Кравцов С. О. Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди. Автореф. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. Національний університет «юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Харків, 2012. С. 4.

¹⁸² Любченко Я. П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект. Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків, 2018. С. 21–22.

іншими суб'єктами права України (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»).

Таке розуміння спору може породжувати приклади невизнання окремих спорів такими, що не можуть розглядатися у міжнародному комерційному арбітражу або невизнання рішення міжнародного арбітражу у певних відносинах. Залізко О.М. ілюструє цю ситуацією справою Матузалема, яку розглядав Спортивний арбітражний суд (CAS), рішення якого фактично не виконуються за допомогою Конвенції 1958 року, незважаючи на пряму вказівку такої можливості¹⁸³.

У цьому аспекті слід визнати, що CAS має дещо іншу правову природу ніж традиційний міжнародний комерційний арбітраж, адже ідея, що закладалася при його створенні 1983 року, стосувалася створення єдиного незалежного форуму для вирішення спортивних спорів, який на сьогодні використовує такі форми альтернативного вирішення спорів як консультування, медіація, міні-спори та нейтральна оцінка¹⁸⁴.

Підводячи підсумок щодо визнання арбітражної угоди, відмічаємо, що таке визнання стосується у першу чергу сторін договору. Надання згоди на передавання спору до міжнародного комерційного арбітражу, у випадку якщо така угода не суперечить публічному порядку, та обов'язковість такого розгляду на нашу думку є підтвердженням принципу *pacta sunt servanda*. Більш того, така договірна форма створює цілком закінчений механізм правового регулювання, тобто це не лише визнання його регулятором відносин, про що наголошується цивілістами¹⁸⁵, а й в межах правостановлення, а й у межах правозастосування без публічного впливу.

Разом з тим, існування арбітражної угоди не є беззаперечною обставиною визнання арбітражного рішення. Так, цивільне процесуальне законодавство передбачає можливості оспорювання рішень міжнародних комерційних арбітражів. По-перше, йдеться про можливість подання клопотання про скасування як винятковий засіб оспорювання арбітражного рішення (в порядку ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). Так, арбітражне рішення може бути скасоване судом якщо:

1) сторона, що заявляє клопотання про скасування та подає докази того, що:

одна із сторін в арбітражній угоді, зазначеній у статті 7, була якоюсь мірою недієздатною; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки – за законом України; або

¹⁸³ Залізко О.М. Вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних спортивних відносин Спортивним арбітражним судом. Дис. канд. юрид. наук. 12.00.03. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2018. С. 168.

¹⁸⁴ Handbook on International Sports Law. Edited by James A. R. Nafziger, Stephen F. Ross. Edward Elgar. Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA. 2011. P. 32, 71.

¹⁸⁵ Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография. Под общ. Ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. С. 62

її не було належним чином повідомлено про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших поважних причин вона не могла подати свої пояснення; або

рішення винесено щодо не передбаченого арбітражною угодою спору або такого, що не підпадає під її умови, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди, проте, якщо постанови з питань, які охоплюються арбітражною угодою, можуть бути відокремлені від тих, що не охоплюються такою угодою, то може бути скасована тільки та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що не охоплюються арбітражною угодою; або

склад третейського суду чи арбітражна процедура не відповідали угоді сторін, якщо тільки така угода не суперечить будь-якому положенню цього Закону, від якого сторони не можуть відступати, або, за відсутності такої угоди, не відповідали цьому Закону; або

2) суд визначить, що:

об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законодавством України; або

арбітражне рішення суперечить публічному порядку України.

Примітним є те, що чинна редакція ЦПК України розмежовує оспорювання та визнання арбітражного рішення. Так, попередня редакція цього Кодексу містила наступне формулювання:

«Стаття 390. Умови визнання та виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню

1. Рішення іноземного суду (суду іноземної держави; інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних чи господарських справ; іноземних чи міжнародних арбітражів) визнаються та виконуються в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності.

2. У разі якщо визнання та виконання рішення іноземного суду залежить від принципу взаємності, вважається, що він існує, оскільки не доведено інше.»

Нині ж йдеться лише про оспорювання рішень міжнародних комерційних арбітражів, зокрема щодо права на подання заяви про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу (ч. 6 ст. 454 ЦПК України). Відповідно норма ст. 459 ЦПК України, що визначає підстави для скасування такого рішення, фактично дублює згадану вище норму Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», згадуючи при цьому винятки, які можуть передбачатися міжнародним договором.

Окрім цієї зміни, до цивільного процесуального законодавства внесена окрема глава 3 розділу IX щодо визнання та надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, що так само передбачено Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж», що спричинено розмежуванням арбітражу в Україні та за її межами.

Так, відповідно до ст. 474 ЦПК України рішення міжнародного комерційного арбітражу (якщо його місце знаходиться за межами України), незалежно від того, в якій країні воно було винесено, визнається та виконується в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності. У разі якщо визнання та виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу залежить від принципу взаємності, вважається, що він існує, оскільки не доведено інше.

Стаття 475 ЦПК України визначає порядок і строки подання заяви про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу що загалом відповідало попередньому правовому регулюванню. Зокрема, питання визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу розглядається судом за заявою стягувача відповідно до цієї глави, якщо боржник має місце проживання (перебування) або місцезнаходження на території України. Якщо боржник не має місця проживання (перебування) або місцезнаходження на території України, або його місце проживання (перебування) чи місцезнаходження невідоме, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу розглядається судом, якщо на території України знаходиться майно боржника. Заява про визнання і надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу подається до апеляційного суду, юрисдикція якого поширюється на місто Київ, протягом трьох років з дня прийняття рішення міжнародним комерційним арбітражем.

Відповідно до ст. 478 ЦПК України суд відмовляє у визнанні і наданні дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу, якщо:

1) на прохання сторони, проти якої воно спрямоване, якщо ця сторона подасть суду доказ того, що:

а) одна із сторін в арбітражній угоді була якоюсь мірою недієздатною; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки, – за законом держави, де рішення було винесено; або

б) сторону, проти якої винесено рішення, не було належним чином сповіщено про призначення арбітра чи про арбітражний розгляд або з інших поважних причин вона не могла подати свої пояснення; або

в) рішення винесено щодо спору, не передбаченого арбітражною угодою, або такого, що не підпадає під її умови, або містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди; проте якщо постанови з питань, охоплених арбітражною угодою, можуть бути відокремлені від тих, які не охоплюються такою угодою, то та частина арбітражного рішення, яка містить постанови з питань, що охоплені арбітражною угодою, може бути визнана і виконана; або

г) склад міжнародного комерційного арбітражу або арбітражна процедура не відповідали угоді між сторонами або, за відсутності такої, не відповідали закону тієї держави, де мав місце арбітраж; або

г) рішення ще не стало обов'язковим для сторін, або було скасовано, або його виконання зупинено судом держави, в якій або згідно із законом якої воно було прийнято; або

2) якщо суд визнає, що:

а) відповідно до закону спір, з огляду на його предмет, не може бути переданий на вирішення міжнародного комерційного арбітражу; або

б) визнання та виконання цього арбітражного рішення суперечить публічному порядку України.

З огляду на викладене вище робимо наступні висновки: 1) визнанню підлягають лише рішення міжнародного комерційного арбітражу, що знаходяться за межами держави, де знаходиться суд, до якого звертаються щодо визнання та надання дозволу на виконання; 2) існує тенденція визнання рішень міжнародних арбітражів (наприклад, спортивних) сторонами спору, що є відмінним від визнання рішення судовими органами держави; 3) визнання рішення є надання йому юридичної сили у державі-учасниці Конвенції 1958 року що спричиняє спрощений механізм (порівняно із іншими міжнародно-правовими спорами) та надання йому значення рішення національного суду як підстави для його виконання.

ПРОЦЕДУРИ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ТА ПОРЯДОК ВИКОНАННЯ (ОСПОРЮВАННЯ) АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ ЯК НОВИЙ ПРАВОВИЙ КЛАСТЕР

Подцерковний О. П. (Україна)

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії
правових наук України, арбітр МКАС при ТПП України*

Міжнародна фінансово-економічна глобалізація вимагає від сучасних держав подолання багатьох вузькогалузевих підходів до юрисдикційного забезпечення бізнесових процесів. Інтеграція в цій сфері стимулює рух національних правових систем у напрямі уніфікації правил ведення бізнесу й забезпечення економічних свобод у світовому вимірі, сприяє виникненню універсальних форм захисту суб'єктів економічної діяльності, що мають походження з різних країн. У цьому контексті стає важливим осмислити співвідношення процедур міжнародного комерційного арбітражу та національних правових систем. Таке осмислення передбачає, серед іншого, узагальнену оцінку досягнутого рівня правових засобів, призначених для регулювання міжнародного комерційного арбітражу.

На жаль, панівна в Україні правова традиція має негнучке ставлення до виділення в системі права нових правових утворень та спеціальних галузей знань й практик, навіть якщо вони ґрунтуються на потребах реального життя й економічного середовища, тим паче якщо містять зовнішні запозичення.

Ця негнучкість сформувалася переважно в радянські часи й досить повільно змінюється. Принаймні можна чітко помітити, що виділення таких правових новоутворень, як право безпеки споживачів, медичне право, космічне право, містобудівне право чи, наприклад, кіберправо, що потужно досліджуються та викладаються в університетах США та Європи, досить складно просуваються в наукових розробках та юридичній освіті в Україні. Драйвером змін тут мала б виступити юридична практика. Але юридичний бізнес, його структуризація та утворення альтернативних систем вирішення спорів – у силу слабкості держави та часто-густо існуючого превалювання політики над правом – дуже повільно оновлюють суспільне сприйняття юридичної дійсності, коли ідея виокремлення спеціальних сукупностей норм, інститутів та інших елементів правового регулювання в системі права неквапливо проторує собі дорогу в життя.

Як правило, для позначення цілісних правових утворень в національній юриспруденції використовуються категорії галузі, підгалузі, інституту, комплексного інституту чи підінституту права. Складніше з міжгалузевими та багатогалузевими правоутвореннями, у яких представники галузевих наук вбачають загрозу для власної теоретичної гегемонії. Але будь-які наукові конструкції не можуть запобігти виокремленню нових систем правових положень, якщо останні виявляються нездатними цілісно розвиватися в межах традиційних галузей права.

Зокрема, саме стосовно правових процедур міжнародного арбітражу та порядку виконання (оспорювання) його рішень, як видається, існує нагальна потреба виділення усталеного внутрішньозв'язаного масиву правових засобів. Цей масив на сучасному етапі правової структуризації доречно назвати правовим кластером. Останнє поняття має багатозмістовне значення від англ. *cluster*, під яким традиційно розуміється «група однакових або подібних елементів, зібраних разом або близьких один до одного; в'язка (чогосьь однорідного)». І якщо існують кластери в хімії, фізиці, інформатиці, біології, економіці та, навіть приватизації, то чому не можуть існувати правові кластери?! Позитивна відповідь на це запитання стосовно міжнародного комерційного арбітражу підтверджується виявленням в структурі правового регулювання однорідних суспільних відносин, взаємопов'язаних правових норм, специфічних процедур, своєрідної практики їх реалізації, нового досягнутого рівня доктринальних положень та правових знань стосовно міжнародного комерційного арбітражу.

Звичайно, теоретико-категоріальне позиціонування відповідного правового утворення саме як кластер не претендує на безапеляційність. Хоча запропонований підхід й видається таким, що дозволяє гнучко обійти вітчизняні міжгалузеві дискусії. Але більш важливим стає обґрунтування потреб поєднаного та системного сприйняття усього масиву правових засобів щодо міжнародного комерційного арбітражу.

Важливість такого підходу відчувається вже тоді, коли досягнутий рівень розвитку процесуальних галузей виявляє обмежене ставлення до процедур арбітражного розгляду, лише похапцем зачіпаючи роль та значення арбітражу, підтримуючи перевагу юрисдикції державного суду стосовно арбітражу, ігноруючи винятковість порядку приведення до примусового виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу чи оспорювання його рішень.

Тут традиційні знання виявляються неготовими до сприйняття нових економіко-правових реалій.

Міжнародний комерційний арбітраж є надбанням цивілізації. Його не можна було б уявити 200 і 100 років тому, позаяк лише відповідний розвиток суспільства у глобальному вимірі міжнародної комерції створив умови для формування сучасних процедур арбітражу й визнання державами різних правових систем його рішень.

У загальнотеоретичному значенні це означає просування ідей міжнародного комерційного арбітражу завдяки досягнутому рівню світової правосвідомості як основоположного елементу подальшого правового закріплення діяльності міжнародних комерційних арбітражів та їх юрисдикційної легітимації.

Поява того масиву процедур, що в цій роботі іменується спеціальним правовим кластером міжнародного комерційного арбітражу, відбулася завдяки наполегливій роботі юристів та бізнесменів з різних країн світу, зацікавлених в самоорганізації низових суб'єктів міжнародних економічних відносин у напрямі вироблення загальновизнаних та авторитетних актів вирішення приватно-правових конфліктів.

Поряд з вагомими міжнародно-правовими актами у сфері міжнародного комерційного арбітражі, серед яких можна відзначити Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (1985 р.); Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (1976 р.); Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958 р.); Європейська Конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж (Женева, 1961 р.) тощо питання міжнародного комерційного арбітражу розглянуті в таких основоположних актах національного законодавства, як Господарський процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Закон «Про міжнародний комерційний арбітраж». Але цими актами система нормативно-правового забезпечення діяльності арбітражних інституцій не вичерпується. Йдеться про застосування законів, які стосуються вирішення колізійних питань арбітражної угоди (зокрема, Закон «Про міжнародне публічне право»), виконання рішень арбітражу (зокрема, Закон «Про виконавче провадження»), вирішення юрисдикційних питань та порядку вжиття забезпечувальних заходів в арбітражі (зокрема, Кодекс торговельного мореплавства); юридичного значення звернення до арбітражу з огляду на вимоги щодо повернення валютної виручки (Закон «Про валюту та валютні операції») тощо. Неабияке значення у цьому контексті набувають Регламент МКАС при ТПП України, Регламент МАК при ТПП України та Положення про арбітражні збори і витрати, що фактично набули значення правових актів.

Активно формується судова практика щодо сфери міжнародного комерційного арбітражу. Безпосереднє значення для українського правопорядку тут мають Рішення ЄСПЛ у справі «Компанія «Регент» проти України», Ухвалу Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням державного зовнішньоекономічного підприємства «Славутич-Сталь» щодо тлумачення статті 124 Конституції України і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 14 жовтня 1997 року; Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону України «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду) від 10 січня 2008 р. у справі №1-3/2008, численні рішення судових органів України на чолі із Верховним Судом.

Така множинність правових та правозастосовних актів вимагає спеціального розуміння єдності правових норм для цілей їх послідовної інтерпретації й найбільш ефективного застосування з урахуванням самої логіки арбітражного розгляду, обумовленого потребами інституційного сприяння розвитку бізнесу в країні та покращення іміджу України як держави, здатної формувати міжнародні юрисдикційні інституції, яким довіряють іноземні інвестори й ТНК.

При цьому, глибоко опанувати питання міжнародного комерційного арбітражу, як і будь-якої іншої спеціальної сфери, можна лише якщо перейнятися

духом відповідного регулювання, тонкою гранню взаємодії саморегулювних засад арбітражу й публічного правопорядку у державі.

Наочний приклад – правомірність міжнародної комерційної угоди оцінюється з погляду додержання публічного правопорядку держави, якому підпорядковується відповідний контракт. Але ця оцінка стосується додержання надімперативних норм, а не будь-яких імперативних норм відповідної держави. Цю межу між імперативністю та надімперативністю складно закріпити у законодавчому акті. Вона закладається у правосвідомості, яка формує правовий кластер міжнародного комерційного арбітражу. Те саме можна сказати про теорію «компетенції компетенції», розбіжність між статусом арбітра й судді, можливість повторного розгляду справи в арбітражі, особливий підхід до преюдиційних фактів та правонаступництва, специфічні підстави та порядок виконання й оспорування рішень арбітражу, шкідливість звуження предмету арбітражного розгляду та диспозитивність сторін у визначенні його процедур, усталене розуміння розбіжності понять «міжнародний арбітражний суд» та «склад арбітражного суду», специфіку експертної підтримки арбітражного розгляду, у тому числі з питань іноземного права, статус свідків та інші численні особливості міжнародного комерційного арбітражу й порядку приведення до виконання (оспорування) його рішень.

При цьому юристи у сфері міжнародного комерційного арбітражу вимушені враховувати високу динаміку змін в діяльності інституційних арбітражів загалом в світі. Зокрема, вимагають специфічної уваги не лише процесуальні новели стосовно арбітражу 2017 року в Україні, але й арбітражні вдосконалення регламентів таких інституцій, як London Court of International Arbitration – 2014; Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – 2017; ICC International Court of Arbitration – 2017; Vienna International Arbitral Centre – 2018; German Arbitration Institute – 2018.

Ця динаміка кореспондує тенденціям щодо уніфікації підходів до арбітражу. Вона стосується, зокрема, розширення арбітражної юрисдикції (підвідомчості справ), прискорення арбітражного розгляду, спрощення доступу до міжнародного комерційного арбітражу, сприяння приведенню до виконання його рішень. Це обумовлено множинністю юрисдикцій, де арбітражне рішення може бути проведене, та існуючою конкуренцією правопорядків за формування «дружнього» до арбітражу правового режиму юрисдикційної діяльності як необхідної умови залучення інвестицій й створення сприятливішого бізнес-клімату в державі. Активно розвиваються та є майже нечисленими спеціальні теоретичні дослідження й практичні публікації щодо проблем міжнародного комерційного арбітражу, які формують науку міжнародного комерційного арбітражу як вагомого прояву виокремлення відповідного правового утворення (кластеру).

При цьому, будучи не відірваною від правової системи держави, правовий кластер міжнародного комерційного арбітражу примушує ставити та вирішувати питання про його природу та місце в системі інших галузей права. Будучи

скептиком щодо цінності виділення традиційних галузей права на підставі методу відповідного регулювання, що не підтверджується західною правовою наукою, яка відповідний поділ ґрунтує передусім на предметній основі, все ж хотілося б висловитися щодо співвідношення відповідної сукупності правових положень із традиційними галузями права.

Система правових знань щодо арбітражних актів, порядку приведення до виконання та оспорювання рішень арбітражу та інших питань його діяльності, передусім, виявляється наближеною до розуміння процесуальної діяльності. Проте відповідь на запитання про те, чи можна правове регулювання діяльності міжнародного комерційного арбітражу співвідносити із певними галузями національного процесуального права, тим паче включати його до окремої із них, залишається відкритим.

Щонайменше на заваді єдиного розуміння у цьому контексті стоїть проблема сприйняття обсягу поняття процесу та процесуальної діяльності у загальнотеоретичній юриспруденції, а також розбіжність підходів до відповідної кваліфікації у межах галузей цивільного процесу й господарського процесу. Ця складність підживлюється закріпленням положень щодо міжнародного комерційного арбітражу в різногалузевих законодавчих актах.

З одного боку, представники відповідних галузевих наук розглядають питання арбітражу у площині певної галузі, але роблять це переважно не переконливо, адже сама сфера та процедурні характеристики міжнародного комерційного арбітражу змістовно випадають з закладеного у відповідних підходах розуміння процесу як такого.

Наприклад, Ю.С. Червоний під юридичним процесом (у контексті цивільного процесу) визначав сукупність процесуальних дій суду, інших осіб, що приймають участь у справі, та інших учасників процесу, що здійснюються у встановленому законом порядку, та виникаючих у зв'язку із цим діями процесуальних правовідносин, пов'язаних із здійсненням правосуддя у цивільних справах [1, с. 6-7].

Інші автори також нерідко ототожнюють поняття процесу та державного судочинства. Зокрема, під господарським процесом розуміють систему послідовно здійснюваних процесуальних дій, які здійснюють господарський суд та інші учасники господарського судочинства у зв'язку з підготовкою до розгляду, розглядом і вирішенням конкретної господарської справи, кінцевою метою якого є відновлення порушеного права суб'єкта господарювання або учасника господарських відносин [2, с. 23]. Цим висновкам відповідає думка про те, що обов'язковим учасником господарського процесу є господарський суд (раніше – державний арбітражний суд) [3, с. 11-13].

Ці підходи по суті не залишають місця юрисдикційній діяльності міжнародного комерційного арбітражу та третейських судів в контексті національного цивільного та господарського процесу.

Зустрічаються думки про віднесення положень щодо міжнародного комерційного арбітражу до міжнародного цивільного процесу. Недоліком

такого розуміння виступає відірваність процесуальної діяльності міжнародного комерційного арбітражу від процедур приведення до виконання його рішень чи оспоровання відповідних актів. Хоча навіть на стадії прийняття рішення міжнародного комерційного арбітражу не можуть не братися до уваги питання його виконаності чи оспоровання.

Крім того, характеристика «міжнародний» не може дезорієнтувати у де-факто існуючому стані розвитку економічних відносин, коли подекуди важко зрозуміти, де закінчується міжнаціональний, а починається національний вимір певного арбітражного питання. Приклад – віднесення до компетенції МКАС при ТПП України спорів за участі іноземних інвесторів незалежно від юрисдикційного походження відповідного підприємства. Так само предмет розгляду справ Морської арбітражної комісії охоплює будь-яких суб'єктів морегосподарського комплексу. Подальша глобалізація економічного середовища здебільшого усуває традиційні обмеження національних правопорядків на користь застосування уніфікованих інститутів міжнародного економічного права. Більшість іноземних інституційних арбітражів мають право розглядати комерційні спори у внутрішньому обігу певної країни, а не лише у міжнародних економічних відносинах.

При цьому міжнародний комерційний арбітраж розширює власні межі традиційної арбітражної угоди, поширюючись на відносини захисту інвестицій за міждержавними угодами, що сьогодні, наприклад, чітко простежується у рішеннях міжнародного арбітражу в справах за позовами українських господарюючих суб'єктів до Російської Федерації щодо відшкодування шкоди за втрату активів в анексованому Криму.

В усій своїй широті міжнародний комерційний арбітраж є складовою процесуальної діяльності. Адже від юридичного процесу не можна відривати діяльність учасників господарських відносин, що має процесуальну форму, підпорядковується спеціальним юрисдикційним процедурам та є альтернативним елементом вирішення спорів, як це відбувається із розглядом спорів міжнародними комерційними арбітражами.

Дійсно, як зазначає Д.М. Чечот, було б не дуже доречно об'єднувати усі форми захисту цивільних прав у розумінні юридичного процесу [4]. Адже тоді необхідно було б, зокрема, до юридичного процесу відносити й нотаріальний захист прав господарюючих суб'єктів, і захист прав суб'єктів господарювання іншими правоохоронними органами (прокуратурою, міліцією тощо), адміністративний захист. Це фактично робило б предмет юридичного процесу будь-якого галузевого спрямування безмежним та не дозволяло б визначити його принципи, здійснити кодифікацію тощо.

Разом із тим, немає жодних обґрунтованих застережень від того, аби складовою юридичного процесу вважати, зокрема, діяльність учасників охоронюваних зовнішньоекономічних, інвестиційних та морегосподарських відносин, що мають безпосереднє втілення у формалізовані й підтримувані державним примусом (визнанням) юрисдикційні процедури розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі.

Щодо галузевої кваліфікації тут скоріше треба говорити про наближення правового кластеру міжнародного комерційного арбітражу до певної процесуальної галузі, аніж повне поглинання останньою відповідних положень. На перший погляд за логікою відповідних процедур та юрисдикційних питань наведений кластер є найбільш наближеним до вітчизняної галузі господарського процесу. На користь такого розуміння свідчить те, що під час реформування процесуальних галузей неодноразово піднімалося питання про те, що арбітраж існує в межах комерційних контактів та комерційних арбітражних застережень. Такому розумінню сприяє те, що саме в Господарському процесуальному кодексі зроблені розгорнуті застереження щодо розмежування юрисдикції господарських судів та міжнародного комерційного арбітражу. А більшість питань арбітражного розгляду стоять саме у площині матеріального комерційного (господарського) права, що містить спеціальні норми стосовно особливостей цивільно-правового регулювання відповідної сфери.

Разом із тим не можна не звернути увагу на закріплення положень щодо приведення до виконання та оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу в спеціальному розділі Цивільного процесуального кодексу, що обґрунтовується цілком розумними потребами наблизити процедури виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу до процедур виконання рішень іноземних судів.

Як видається, роздробленість процесуальної форми законодавчого закріплення положень щодо міжнародного комерційного арбітражу виступає об'єктивною передумовою його правового інституційного виокремлення (кластеризації). Двигуном структуризації тут виступає потреба в системних спеціальних знаннях й навичках правореалізації стосовно особливих приватно-правових положень, процедур, облікових, транснаціональних, зовнішньоекономічних та загалом міжнародних економічних процесів.

Розвиток правового кластеру міжнародного комерційного арбітражу має величезні перспективи не лише у зовнішньому вимірі, обумовленому розвитком законодавства, практики та теорії арбітражу у взаємодії з іншими юрисдикційними інститутами, але й у внутрішньому аспекті, що зачіпає власну розбудову інституційного арбітражу. Це підтверджується не лише оновленням регламентів провідних міжнародних арбітражів відповідно до потреб часу, в тому числі й новим Регламентом МКАС при ТПП України 2017 року, але й перспективами слідування новітнім світовим тенденціям розвитку арбітражної справи. Наприклад, в окремих інституційних арбітражах сьогодні йдуть шляхом розробки та прийняття Етичних кодексів для арбітрів (наприклад, у Сінгапурському арбітражному центрі). Видається вельми перспективним до впровадження подібний досвід й у МКАС при ТПП України, особливо зважуючи на розширення списку арбітрів та необхідність усунення підстав та умов, що можуть руйнувати довіру до арбітражу, заважати безсторонності й незалежності арбітрів.

Активне формування кластеру міжнародного комерційного арбітражу неможливо без активізації арбітражного співтовариства, яке існує у межах

громадянського суспільства. Останнє повинно подолати заскорузле сприйняття держави як єдиного творця права й носія правозастосовних й юрисдикційних функцій. Сьогодні у цій сфері формуються нові погляди та ідеї, зокрема основані на розумінні такого провідного принципу державного судочинства як тлумачення сумнівів у дійсності та виконуваності арбітражного застереження на користь відповідної дійсності та виконуваності, переосмислення значення арбітражу для розвитку економічної системи тощо.

На шляху інституціалізації правового утворення (кластеру) міжнародного комерційного арбітражу в системі права науковцям та практикам необхідно ще багато чого зробити, чимало пояснити та впровадити, багато чого інтерпретувати та відстояти перед догматичними та подекуди непідготовленими чи недобросовісними «юридичними ремісниками», які всупереч вимогам часу намагаються залишитися у зручних для них формах державного судочинства. Але нестримна експлуатація держави з цією метою, як показує досвід розвинутих країн, – це тупиковий шлях суспільного розвитку. Лише здатність суб'єктів права до самоорганізації, як це має місце у разі вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі, може свідчити про зрілість суспільства, коли останнє не перекладає власні економіко-правові проблеми на державну репресивну систему, а здатне власними силами дати їм раду, з повагою ставлячись до обраного суб'єктами арбітражу.

Список літератури.

1. Гражданский процесс Украины: учебник /под ред. Ю. С. Червоного. К., 2006. – 400с .
2. Господарський процес: підручник/ за заг. ред. Світличного О. П. – К.: НУБіП України., 2016 – 337 с.
3. Обновленный Хозяйственный процесс Украины: Учебное пособие (курс лекций). Издание третье. – Х.: Одиссей, 2011. – 229 с.
4. Гражданский процес / под. ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. – М., 1997.

ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS IN THE UNITED STATES

W. E. Butler

(USA/United Kingdom)*

The recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the United States is governed by the 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter: 1958 New York Convention), which entered into force with respect to the United States on 29 December 1970. Under the federal legislation of the United States, the district courts of the United States (hereinafter: federal district courts) have original jurisdiction over cases falling under the 1958 New York convention. Any party to an arbitration may apply to any court having jurisdiction under the implementing legislation for an order confirming the award. The application to confirm the award must be brought within three years of the award.

In accordance with the 1958 New York Convention and the implementing legislation of the United States, a federal district court shall confirm an award unless one of the grounds for refusal or deferral of recognition specified in the said 1958 Convention is found to be present. Only courts in countries having «primary jurisdiction», that is, courts in the countries in which or under the laws of which the arbitration took place, have primary jurisdiction. Other countries with jurisdiction to enforce an award have what is commonly called «secondary jurisdiction». Only courts with primary jurisdiction may assess a request to annul an award; courts with secondary jurisdiction must confine themselves to determining whether an award may be enforced in that country. Courts with secondary jurisdiction may refuse enforcement under the specific grounds set out in the 1958 New York Convention (Article V), but may not refuse enforcement solely on the ground that the arbitrator may have made a mistake of law or fact.

Article V of the 1958 New York Convention provides:¹⁸⁶

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

* Foreign Member, National Academy of Sciences of Ukraine and National Academy of Legal Sciences of Ukraine; Arbitrator, MKAC Ukraine; MKAC Russia; MKAC Kazakhstan. John Edward Fowler Distinguished Professor of Law, Dickinson Law, Pennsylvania State University; Emeritus Professor of Comparative Law, University College London.

¹⁸⁶ In the United States, the text of the 1958 New York Convention is published at 21 U.S.T. 2517 and in 330 UNTS 38. The implementing legislation is found at 9 U.S.C. §§201-208.

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or;

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

In general, the courts of the United States have been positively inclined to recognize and enforce foreign arbitral awards, including those relating to Ukrainian parties. Below we consider some of the arguments that have been raised in United States courts against enforcement with respect to Ukrainian parties and the reaction of the courts to those arguments under the 1958 New York Convention.¹⁸⁷

Failure to Provide Certified Copies of Award and Translation

Article IV of the 1958 New York Convention requires that the party seeking recognition and enforcement of an award submit a duly authenticated original award or copy thereof and the original arbitration agreement or duly certified copy thereof at the time of application. If the agreement is not in the language of the country in which enforcement is sought, a duly certified translation of the agreement must be provided in the official language of the country in which the award is relied upon. Failure to comply with these procedural requirements, it has been argued, precludes enforcement and deprives a court of jurisdiction to confirm the award.

American courts are sympathetic to this requirement of Article IV of the 1958 New York Convention, but not when for various reasons related to the litigation the documents in the necessary forms and quantities are already part of the record. Where copies duly certified have been supplied, the courts will not «place form over substance».

¹⁸⁷ These are adapted and modified from OJSC UkrNafta v. Carpathy Petroleum Corp, et al., 2017 WL 4351758 (S.D. Texas, Houston Division).

Validity of Arbitration Agreement

Article II of the 1958 New York Convention requires Contracting States to recognize arbitration agreements that are in writing. The term «agreement in writing» extends to an «arbitral clause in a contract or arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams». Where, for example, Ukrainian courts have considered a particular arbitration agreement and determined that such agreement is void (which would mean that an arbitration agreement in writing signed by the parties never existed) under Ukrainian law, the position would be that an arbitral award cannot be enforced because there is no written arbitration agreement authorizing the arbitration.

The question in this situation is: which country is the primary jurisdiction? Ukraine, because Ukrainian courts considered the arbitration agreement and found it to be void, or the country of arbitration, which was not Ukraine. In effect, refusal of enforcement was being sought under Article II of the 1958 New York Convention, rather than Article V. The American federal courts have determined that they may only refuse to recognize and enforce a foreign arbitral award under Article V, and not Article II, of the 1958 New York Convention. Arguments based on Article II were admissible only insofar as they overlapped with Article V arguments.

Is this analysis affected if Ukrainian courts determined that the basic agreement between the parties also contains the arbitration clause and the basic agreement under Ukrainian law is void. Partly this argument may turn upon timing: when precisely in the proceedings was it raised. But more commonly the United States courts are likely to conclude that the validity of the basic agreement and of the arbitration clause are matters for the arbitration tribunal to decide and are not predetermined or removed from the tribunal's jurisdiction by any such decision of the Ukrainian courts. In any event, the United States court is almost certainly going to consider the issue in detail.

With reference to the language of Article V of the 1958 New York Convention that courts may refuse to enforce an award if the award has been set aside by «the country in which, or under the law of which, that award was made» is a reference to the «primary jurisdiction» over the award and the phrase «under the laws of which» means the arbitration laws of which and not the material law of the country concerned. That is, the procedural law of the place of arbitration applies to the arbitration. United States courts have determined that Article V of the 1958 New York Convention thus creates a strong presumption that the procedural law of the place applied to the arbitration.

In the example above, the material law of Ukraine would apply to the case but the procedural law of the place of arbitration would apply and serve as the only primary jurisdiction in the case. The award in the view of United States courts has not been set aside in the country of primary jurisdiction, and therefore the determination by Ukrainian courts that the agreement to arbitrate is invalid does not provide a path for the United States court to refuse to enforce the award under Article V(1)(e).¹⁸⁸

¹⁸⁸ See *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 264 F.Supp. 2d 470 (S. D. Tex.2002), rev'd by *Kahara I*, 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003).

Another ground for refusal to enforce an award is set out in Article V(1)(d): «the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place». Where the parties conclude an arbitration agreement to arbitration in a particular country, one party is then reorganized and its rights and duties pass to its legal successor under the basic contract and arbitration agreement, and then the party and legal successor amend the basic contract to include a new arbitration clause that provides for arbitration in another country, whether this amended agreement is valid, including the new arbitration clause, is for the arbitration tribunal to determine and not subject to determination by the court asked to enforce the award.

Public Policy

In accordance with Article V(2)(b) of the 1958 New York Convention, a United States court may decline to enforce an award «if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that ... recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country». The argument would be that where, in this example, Ukrainian courts have determined that the basic contract and arbitration clause were void and a void contract does not and cannot give rise to any rights and duties, it would be a criminal matter under Article 364¹, Article 367, and Article 382 of the Criminal Code of Ukraine to pay the award.¹⁸⁹

In fact, in the example given, Ukrainian courts had refused to enforce the award on the grounds that proper documents had not been duly submitted in the application to enforce the award (that is, the Ukrainian courts accepted the Article II argument referred to above) and because in their view the basic contract and arbitration clause were void. To enforce the award in the United States, it was contended, would offend the «basic notions of morality and justice» of Ukraine by forcing a Ukrainian party to violate Ukrainian law.

The question was: whose public policy does the 1958 New Convention have in view in Article V(2): that of the State enforcing the award or that of the State where the party against whom the award is rendered actually is based. The courts of the United States construe the notion of public policy narrowly, first, and understand the 1958 New York Convention to mean in its reference to public policy the public policy of the State being asked to enforce the award, in this example, the United States. The United States courts recognize that considerations of comity would weigh heavily against ordering the juridical person of another country to violate its own laws, in this example the

¹⁸⁹ Article 364¹ punishes the «abuse of powers of an official of a juridical person of private law irrespective of the organizational-legal form». Article 367 punished «employment neglect», that is, the failure to perform or improper performance by an official of his employment duties of a not in good faith attitude towards them which caused material harm to rights, freedoms, and interests protected by a law of individual citizens, or State or social interests, or the interests of individual juridical persons. Article 382 punishes a failure to perform a judicial decision, that is, the intentional failure to perform a judgment, decision, ruling, or decree of a court which has entered into legal force, or the obstruction of the performance thereof. See W. E. Butler (transl.), *Criminal Code of Ukraine* (2011), pp. 204-205, 207-208, 219.

court found it unclear how an enforcement action in the United States would result in a Ukrainian party violating Ukrainian law in Ukraine. Because in an action for recognition and enforcement the United States courts are a «secondary-jurisdiction court» and merely enforce or refuse to enforce awards rendered in another foreign jurisdiction. Any final decision in a United States court is not a decision on the merits of the arguments presented in the case, but merely an order to enforce an award arising from litigation elsewhere and such an order does not necessarily have the effect of *res judicata* elsewhere.

The public policy of the United States strongly supports the enforcement of arbitral awards.¹⁹⁰

Concluding Observations

It is not unusual for differences between the Ukrainian legal system and Ukrainian legal style and the Anglo-American legal system and legal style to surface in enforcement proceedings under the 1958 New York Convention. The juxtaposition of «form over substance» vs. «substance over form» is present in the above examples in several respects. Therein arguably lie the distinctions between the heritage of a planned economy and the traditions of a market-oriented system.

¹⁹⁰ “The public policy in favor of international arbitration is strong”. *Fotochrome Inc. v. Copal Co., Ltd.*, 517 F.2d 516 (2d Cir, 1975). Also see *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 631, 105 S. Ct. 3346 (1985): “An ‘emphatic federal policy’ favors arbitral dispute resolution”.

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN POLAND

Piotr Nowaczyk (*Poland*)¹⁹¹

International treaties are fundamental to the enforcement and recognition of foreign arbitral awards. The Polish legal system gives priority to international treaties that are ratified by the Polish government, over domestic acts and codes. Therefore, only in the absence of an international treaty binding on Poland stipulating otherwise, Polish arbitration law (as enshrined in chapter V of the Polish Civil Procedure Code) is applied to recognition and enforcement of foreign awards. In Poland, however, this is mainly regulated by multilateral treaties, primarily the New York Convention, as well as a number of bilateral treaties, especially legal assistance treaties. Most of them are agreements between the countries of the former «Eastern Bloc» (though not exclusively), which often have established rules regulating, inter alia, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards¹⁹².

Poland and the New York Convention

Poland has been party to the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards since 1 January 1962. Poland asserted a reciprocity reservation and a commercial nature of disputes reservation. Since these reservations were made at accession, but not confirmed at ratification, the issue as to whether they are effective is debatable, though the majority view upholds their effectiveness¹⁹³. Hence, the Convention does not apply to labor disputes, family law, alimony, inheritance matters, personal injuries, personal interests, criminal law, torts, sport arbitration (if not commercial) and some others. It is disputable whether the Convention could be applied in disputes regarding the validity of resolutions adopted by capital companies. For the moment, the majority of scholars and academics deny that option on the assumption that these disputes lack arbitrability¹⁹⁴. It is also disputable whether the Convention could be applied to investment arbitration and disputes over patents.

National sources of law

Polish arbitration law is included in a separate chapter of the Polish Civil Procedure Code (CPC). It is based on the UNCITRAL Model Law 1985, with some differences. Unlike the Model Law, the Polish arbitration law is not limited to international

¹⁹¹ Chartered Arbitrator, advocate admitted in Warsaw and Paris, former member of the ICC International Court of Arbitration, ultimate past President of the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce, member of the VIAC Advisory Board, arb@piotrnowaczyk.com.

¹⁹² A. J. Bělohávek, *Concept of Foreign Arbitral Award in Connection with Recognition and Enforcement and Conflicts of Sources*, *Revista Română de Arbitraj* 2/2013, p. 35.

¹⁹³ See: P. Krzywosz, P. Nowaczyk, P. Pietkiewicz [in] *ICC Guide to National Procedures for recognition and enforcement of awards under the New York Convention*, ICC Bulletin, Vol. 23 Special Supplement, 2012, p. 307.

¹⁹⁴ See: Ł. Błaszczak, *Arbitration capacity under Article 1157 of the CCP*, «Radca Prawny», No 127/128, p. 26–46.

commercial arbitration, but equally applies to all arbitral proceedings (domestic or international) when the place of arbitration is in Poland.

The most common permanent arbitration body in Poland (which also deals with international disputes) is the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce and its Rules are most often applied in national arbitrations.

Enforcement of arbitral awards – common rules for both Polish and foreign awards

The term «foreign arbitral award» is crucial for the applicability of the respective rules on recognition and enforcement¹⁹⁵. Most national *lex arbitri* also lack any explicit definition. Likewise, Polish arbitration law does not provide for a legal definition of a «foreign arbitral award». There is no conflict of law rule that would say which law should define the concept of an «arbitral award». As noticed by my distinguished colleague, prof. A. J. Bělohlávek, the question is whether we should apply the law of the state in which proceedings were conducted (the place where the arbitral award was made) or the law of the state in which recognition/ enforcement is sought, or whether it is necessary to apply an autonomous definition of an arbitral award in compliance with the international (as a matter of fact, global) nature and purpose of the NYConvention¹⁹⁶. He also underlined that support may be found in the New York Convention (1958), which in Article 1(1) suggests that there are two types of foreign arbitral awards, namely: (i) arbitral awards rendered in the territory of a state other than the state of recognition, and (ii) arbitral awards that are not considered local (national, domestic) awards in the state in which their recognition is sought. The reason for this differentiation consist of the differences in interpretation of the status of arbitral award in different jurisdiction. The Convention employs two criteria, a territorial criterion (as the most important one) and a functional criterion¹⁹⁷.

In Poland, a court shall recognise the award of an arbitration court or a settlement reached before an arbitration court which cannot be enforced by execution in a decision issued *in camera*, while the execution is confirmed by the court (by a writ of execution) in regard of awards which can be enforced by execution (Art. 1212 CPC).

The recognition and enforcement of an arbitral award in Poland is based on:

- the Polish Civil Procedure Code – in international and domestic cases, wherever the arbitral award was made and whatever was the nationality of the parties – except for awards enforced or recognized under the New York Convention or other international treaties to which Poland is a party,
- the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) («NYC») – in cases of arbitral awards made outside Poland, even if the award concerns two Polish parties,

¹⁹⁵ A. J. Bělohlávek, *Concept of Foreign Arbitral Award in Connection with Recognition and Enforcement and Conflicts of Sources*, Revista Română de Arbitraj 2/2013, p. 32.

¹⁹⁶ *ibid*, p. 38.

¹⁹⁷ *ibid*, p. 32.

– the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – applied to disputes based on arbitration agreements concluded between parties domiciled or having their registered seats in one of the countries that are parties to the Convention¹⁹⁸.

In practice, in the vast majority of cases, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards will be made on the basis of the New York Convention.

The common rules of enforcement of arbitral awards for both Polish and foreign awards are as follows:

– an arbitral award or settlement agreed before an arbitral tribunal has the same legal effect as a court judgment or court settlement agreement (Art. 1212 CPC).

The arbitral award (both in domestic and international cases) determines the enforceability of that award upon the motion of the party concerned.

Depending on the place of arbitration, the recognition or enforcement of foreign arbitral awards is conducted according to the rules set out in the Civil Procedure Code or the NYC. The NYC, if applicable, prevails over the rules of the Polish CPC, hence the CPC is applied to those international arbitral awards which are rendered in Poland.

The court that would have had jurisdiction to examine the matter (had the parties not concluded an arbitration clause) has jurisdiction over the claim for enforcement of an arbitral award or settlement agreed before an arbitral tribunal, upon the request of a party.

Polish courts do not have jurisdiction over the merits of an award. This rule is firmly emphasised in Polish jurisprudence which holds that in proceedings for the enforcement and recognition of foreign arbitral awards, the court cannot adjudicate on the material obligations of the parties. While deciding on a motion for recognition or enforcement, the court does not re-review a case already decided by an arbitral award, neither can it decide about the material grounds of the claimant's claim brought in that arbitration. The court's action is limited to examining whether there are any grounds which could deny the arbitral award recognition or enforceability, and hence deprive it of the expectation of equal treatment to the judgement of a Polish common court (art. 1212 § 1 CPC). Recognition or enforcement order therefore declare that there are no grounds for their refusal, and thereby grant foreign arbitral awards the same effects as those of Polish judgements. This means that though proceedings on the enforcement or recognition of foreign arbitral awards are not the examination proceedings in civil cases as provided in first part of the CPC, nonetheless, they end up with a decision on the merits (Decision of the Supreme Court of 24 June 2009, I CSK 538/08).

Neither the NYC, nor the Polish civil procedure excludes the possibility of the partial enforcement of a foreign arbitral award (confirmed also in the Vivendi case: judgment of the Supreme Court of April 21, 1978, IV CR 65/78).

¹⁹⁸ To date, the European Convention has been ratified by 31 countries, mostly European countries, including Poland (Journal of Laws 1964. No. 40, pos. 270). Parties to this Convention are also Cuba, Burkina Faso, Azerbaijan and Kazakhstan.

The common rules for a court's refusal to confirm the enforcement of an arbitral award or a settlement reached before it, are: (a) the lack of arbitrability of the dispute (b) the public policy order.

To assess if Poland is an arbitration friendly country, we must also take into account the practice of recognition and enforcement of foreign arbitral awards according to the NYC. One of the criteria of «favourability» is whether courts demand originals of awards and of the arbitration clauses or if they accept their certified copies. It is worth remembering that currently, under the NYC, it is possible to enforce awards in 160 countries throughout the world, as is sometimes done simultaneously. Where the court practice is to demand original documents, this possibility is limited or denied. German courts, for example, accept certified copies, and the original documents can be used elsewhere.

There are discrepancies between Art. 1213 of the CPC and Art. VI of the NYC. The first one demands an «officially» certified copy and the second one a «duly» certified copy of the arbitration agreement. Who is duly authorized to certify documents? In the common law countries, each and every lawyer is allowed to do so. Polish courts demands that every copy of each document filed with every domestic case is certified «for conformity with the original» by an advocate or a legal advisor. The question is whether a Polish court would accept copies of foreign arbitral awards certified by a Polish advocate. The answer seems to be «no». An «officially» certified copy has to be certified by an «office», i.e. notary public, court, consulate, maybe the Ministry of Foreign Affairs, and neither an advocate nor a legal advisor comes under that definition.

There are some doubts whether Poland complies with the NYC. Article III of the NYC states that «*Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon (...)*». Some doubts exist as to the precise meaning of the phrase «in accordance with the rules of procedure».

The Polish CPC envisages many discrepancies in Polish and foreign award enforcement procedures. Several examples are given below.

Art. 1214 of the CPC creates a rule that the enforceability of a Polish arbitral award proceeds *in camera*. The same enforceability of foreign arbitral awards is held in public hearings. Until the amendment of 22.07.2010, a public prosecutor was authorized to participate in a trial. As a participant in the proceedings, he could file various appeals during the proceedings and appeal the final decision of the court. Cases concerning domestic awards could be heard by a single judge, whereas enforcements of foreign awards were heard by a panel of three judges.

According to Art. 1216 of the CPC, the court can postpone the hearing of the case concerning enforcement of the award if a motion to set aside this award is filed. It should be underlined that the court can «postpone» (adjourn) and not «stay» the proceedings. The difference is that one can appeal against the staying of proceedings but cannot appeal their postponement. Art. VI of the NYC is similar. However, Polish courts quite often stay enforcement proceedings concerning foreign arbitral awards instead of postponing them. This results in appeals and makes the earlier resumption of the proceedings impossible as «the cause of the stay did not cease».

Finally, a non-appealable decision confirming enforcement of a domestic arbitral award may not be subject to extraordinary appeals. However, our legislator introduced a new Art. 1215 § 3 of the CPC¹⁹⁹, which allows filing an appeal in cassation against the decision of the court concerning the recognition or enforcement of a foreign arbitral award. Moreover, the re-opening of a case which ended up with a non-appealable decision may be filed, as well as a plea against the illegality of such a non-appealable decision issued in this respect. So the question is whether Poland recognizes foreign arbitral awards «according to the (Polish) rules of the procedure» rather than in accordance with the specific, more complicated procedure? The answer seems quite clear: it takes the latter option.

Unfortunately, we cannot be proud of this answer. We risk critics abroad and having Poland as an arbitration non-friendly country. The recent change of Art. 1215 of the CPC, allowing as many as three ways to contest a final decision confirming the enforcement of a foreign arbitral award seems grotesque. It introduced a state of long-term uncertainty for the parties to arbitral proceedings which finally ended somewhere abroad. Let's be optimistic and assume that Polish legislators wanted to encourage foreign entities to go to courts in Poland or to arbitrate in Poland. This humoristic conclusion does not, unfortunately, find confirmation in either the written grounds of the Act dated 22.07.2010, or the minutes of the codification commission's meetings.

Case law on enforcement

Most often it is the public policy clause that serves as a ground for the refusal to enforce an arbitral award. There is no strict definition of the public policy, however, there are a number of court judgments which explain how this clause should be construed:

The term «public policy» under Art. V. 2. b. of the Convention is deemed to be the same as the general clause of «basic principles of the legal order» under Art. 1146 § 1 point 5 CPC. It is generally accepted that the basic principles of the legal order (public policy) of the Republic of Poland must be understood as not only the fundamental principles of its socio-political system, as decreed by the constitution, but also as defined in the governing specific branches of law: civil, commercial and procedural law. This was confirmed by the Supreme Court judgment of April 21, 1978 (IV CR 65/78, not published). In this judgment, the Supreme Court underlined that the issue here is not merely the contradiction of the foreign arbitral award with the basic principles of the legal system, but rather the impossibility to reconcile the results of the enforcement or recognition of a foreign arbitral award with these principles. This clause, however, cannot be interpreted broadly.

Neither the NYC, nor the CPC provide for any additional provisions on the form or content of the arbitral award which need to be fulfilled in order to have the award enforced. However, there were some difficulties connected with the enforcement of a Norwegian «order», or foreign awards which granted future claims or awards which

¹⁹⁹ Introduced by the act dated 22.07.2010 (O. J. no 155, item 1037), which came into force on 25.09.2010.

were not supported by reasoning made in writing, coming from some common law countries or Sweden.

The previous arbitration law also decreed that under the public policy, the court may refuse to enforce an arbitral award if, based on facts commonly known or facts officially known to it, it comes to the conclusion that the award is aimed at infringing the rights of third parties or is to serve purposes other than those it was designed to serve (decision of the Supreme Court of 28.10.1993 in case II CRN 70/93). It was further explained by the Court that such officially known facts are undoubtedly, for example, the fact that the parties, being commercial entities, undertook actions or made changes of ownership titles, many times over, in a form that was disadvantageous to them. However, the ultimate negative consequences of such actions are shifted onto the creditors of one or both of the parties, who voluntarily got rid of their assets.

Differences in enforcement of Polish and foreign arbitral awards

The difference between the enforcement of Polish and foreign arbitral awards lies in:

Formal requirements on presenting the arbitration clause: the NYC provides in Art. IV (1) (a) that the application for the enforcement of a foreign arbitral award must be appended with «*the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof*», while Art. 1213 of the CPC requires that the party's application should be accompanied by «*the original or an officially certified copy of the arbitration clause*». Polish law and jurisprudence can be far more restrictive when presenting a copy of an award in domestic cases, than in cases of enforcing awards under the NYC, since the official certification can be issued by state organs or notaries, while «duly authenticated» can also mean certification by attorneys or legal advisers.

In one of the cases (on enforcement of an arbitral award regarding Elektrim and T-Mobile, the decision of the Supreme Court of 24.09.2009, I ACa 995/08), it was ruled that in a situation where a foreign arbitral award was issued based on two arbitration agreements, it is sufficient to submit only one of them, if from its content it stems that the arbitration court is competent to review a particular dispute. The fact that the original or certified copy of the arbitration agreement was not submitted in the case, could not have influenced the decision of the Arbitral Tribunal, since it is beyond any dispute that an arbitration clause contained in a shareholders' agreement is the same one as the one contained in the Act on Incorporation of the company and the differences are only in the wording. The arbitration clause is treated as an individual obligation, separate from the main contract, which is subject to separate legal assessment; therefore, there is no need to submit the main contract, if the arbitration clause is not disputable.

Procedure on enforcement: in Polish arbitration cases, the courts confirm the enforcement of arbitral awards or settlements reached before arbitration courts which can be enforced by issuing writs of execution – by way of an order. A given case is reviewed and an order is issued *in camera* (Art. 1214 of the CPC). In regard of a foreign arbitral award – the court shall confirm the enforcement of such an award only following a public hearing, likewise in the form of an order. The public prosecutor may take part in the hearing and lodge an appeal.

Extraordinary appeals: there is no cassation, nor the opportunity to file a claim for reopening proceedings in the case of enforcement orders of Polish arbitral awards (SN of 22.9.1999, I CKN 654/99 and the order of the Court of Appeal in Gdańsk of 20.12.2011, I ACz 2114/11), even though both of these extraordinary appeal tools are available in the enforcement proceedings of foreign arbitral awards – as expressly provided under Art. 1215 § 3 of the CPC.

The impact of set-aside proceedings on enforcement: only in the enforcement of Polish arbitral awards, the courts do not investigate the facts as referred to in Article 1214 § 3 (i.e. the lack of arbitrability and the incompatibility of the award with the public policy of Poland) if a motion to set aside such an award was finally dismissed (Article 1217 CPC). However, *a contrario*, challenge proceedings commenced to set aside a foreign arbitral award – does not exclude a court's own review of the grounds specified in the NYC or Art. 1215 of the CPC in proceedings on confirming the enforcement of a foreign arbitral award.

Conditions denying enforcement: Polish arbitral awards may not be enforced only on the above mentioned grounds (lack of arbitrability and public policy), while in foreign awards their grounds are further supplemented by Art. 1215 § 2 of the CPC (being in general a replica of Art. V of the NYC), adding that enforcement may be refused if:

there was no arbitration clause, or an arbitration clause is void, invalid or has expired under the relevant law,

the party concerned was not duly notified of the appointment of an arbitrator or proceedings before an arbitration court, or was otherwise deprived of the possibility to defend his rights before an arbitration court,

an arbitral award concerns a dispute which is not covered by an arbitration clause or falls beyond the subject-matter and scope of that clause; however, if adjudication in matters covered by an arbitration clause may be separated from adjudication in matters not covered by that clause, or in matters which fall beyond the subject-matter and scope of that clause, a refusal to recognise or confirm the enforcement of a judgment of an arbitration court may only concern those matters which are not covered by the arbitration clause or fall beyond the subject-matter and scope of that clause,

the composition of an arbitral tribunal or proceedings before an arbitration court was not in accordance with the agreement between the parties or, if there was no such agreement, with the law of the state where proceedings before an arbitration court were conducted,

an arbitral award is not yet binding on the parties or has been set aside, or its enforcement has been withheld by a court of the state in which or according to whose laws the award was issued.

These differences were underlined in a decision of 20 May 2011 of the Supreme Court. (IV CZ 18/11, LEX No 852454). The Court confirmed that with respect to Polish awards, the court examines only whether the dispute is arbitrable under Polish law and whether the recognition or enforcement of the award would be contrary to Polish public policy. The Supreme Court stressed that this procedure is incidental and that its function is to ensure the effective enforcement of the award. Regarding the

enforcement of foreign awards in Poland, Polish courts exercise control not only on the grounds mentioned above, but also on other grounds corresponding to Article V(2) of the New York Convention. As such, the scope of control is similar to the one exercised in the set aside procedure.

Adjournment of enforcement proceedings

The CPC allows the court to adjourn a hearing, saying in Art. 1216 § 1 that if a motion to set aside an arbitral award is filed, the court with which a petition to recognise or confirm enforcement of that award has been filed may postpone the hearing of the case. The same rules apply if a motion to set aside an arbitral award issued abroad is filed in the state in which or according to whose laws the award was issued.

The decision on the adjournment of a court hearing may be as follows:

<http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-108.html>

to adjourn the decision on the enforcement of the award (as provided under Art. VI NYC),

to adjourn the review of the case (as provided under Art. 1216 CPC)²⁰⁰.

In both cases such an order is non-appealable. The court may issue such an order *sua sponte*. That court may also, this time only on an applicant's petition for the enforcement of an arbitral award, order the other party to provide security (this solution is the same under the NYC and CPC).

In a closely watched recent case involving a large international award rendered in Vienna, enforcement of the award was sought in Poland while a proceeding was pending before the Austrian courts to set aside the award. The Warsaw Regional Court stayed the enforcement proceeding pending the outcome of the Austrian proceedings. The Warsaw Court of Appeal denied the interlocutory appeal from the suspension order. The court discussed the guidelines that should be followed by a Polish court considering whether to stay a proceeding for the recognition or enforcement of a foreign arbitral award in Poland when there is a proceeding to set aside the award pending in the jurisdiction where the award was issued. The CPC does not provide any specific guidelines in such cases. The mere fact that an action has been filed in another country to set aside the award does not automatically require enforcement or recognition proceedings being stayed in Poland. However, if the grounds asserted for setting aside the award appear serious and the stay is not sought merely as a delaying tactic, it is justified to stay proceedings until the foreign court decides whether or not to set aside the award.

* * *

This paper covers, but does not exhaust the peculiarities of enforcement of arbitral awards by public courts in Poland. I still believe that Poland is an arbitration friendly country where arbitration and post-arbitral court proceedings may give members of the international arbitration community a great deal of professional satisfaction.

²⁰⁰ See also: P. Krzywosz, P. Nowaczyk, P. Pietkiewicz [in] *ICC Guide to National Procedures for recognition and enforcement of awards under the New York Convention*, ICC Bulletin, Vol. 23 Special Supplement, 2012, p. 309.

ОПЫТ ПРИМЕНЕНИЯ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ КОНВЕНЦИИ В КИТАЕ

Чжоу Гуанцзюнь (Китай)

Управляющий партнер Пекинской адвокатской фирмы «Синь Да Ли», член комиссии по иностранным делам Всекитайской ассоциации адвокатов, арбитр Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии (CIETAC), арбитр МКАС при ТПП Украины (ICAC), арбитр Арбитражной комиссии Шицзячжуан

Присоединение Китая к Нью-Йоркской конвенции

2 декабря 1986 года Постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей шестого созыва на своем 18-ом заседании ратифицировал Нью-Йоркскую конвенцию, которая вступила в силу для Китая с 22 апреля 1987 года²⁰¹.

10 апреля 1987 года Верховный народный суд Китая издал Уведомление №5²⁰², в котором уведомил нижестоящие суды о вступлении Нью-Йоркской конвенции в отношении Китая и дал разъяснение касательно двух оговорок, сделанных Китаем при присоединении: Первая оговорка о взаимности, что Китай будет применять положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории другого договаривающегося государства лишь на условиях взаимности; Вторая оговорка о характере споров, то есть Китай применяет Конвенцию исключительно в отношении разногласий, касающихся юридических взаимоотношений, будь то договорного или иного характера, которые рассматриваются в соответствии с законодательством Китая в качестве торговых.

В Уведомлении №5 были установлены подсудность и срок подачи заявления о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

В достаточно длительный период, вплоть до введения в действие Закона Китая об арбитраже с 1 сентября 1996 года, вышеуказанное Уведомление и Нью-Йоркская конвенция вместе с Гражданско-процессуальным кодексом КНР были правовой базой для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в Китае. С 1 января 2018 года вступило в силу Постановление Верховного народного суда КНР по некоторым вопросам, связанным с осуществлением судами контроля в отношении арбитража, которое тоже коснулось применения Конвенции²⁰³.

На основе Нью-Йоркской конвенции и Закона Китая об арбитраже от 31 августа 1994 года²⁰⁴, придерживаясь принципа поддержки и создания комфортных условий для арбитража, Верховный народный суд Китая издал многочисленные разъяснения касательно применения Нью-Йоркской конвенции, и

²⁰¹ <http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=204>

²⁰² <http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=203>

²⁰³ <http://www.xindalilaw.com/newsitem/278090145>

²⁰⁴ <http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=210>

тем самым установил своеобразный порядок применения Нью-Йоркской конвенции в Китае.

1. Верховный народный суд Китая оставил себе исключительное право отказать в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

На основании Гражданско-процессуального кодекса КНР и вышеуказанного Уведомления №5 от 10 апреля 1987 года любой народный суд средней инстанции в общем порядке вправе принять решение по существу в отношении заявления о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, то есть признать или отказать в признании. Причем, такое решение по процессуальному законодательству является окончательным и не подлежит обжалованию. В практике бывают случаи, когда суд злоупотребляет правом и ущемляет интересы заявителя, чаще всего это заключается в том, что суд отказывает в признании иностранных арбитражных решений со ссылкой на незначительные нарушения арбитражной процедуры. 28 августа 1995 года Верховный народный суд Китая издал историческое Уведомление («最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知»)²⁰⁵, в котором был установлен особенный порядок вынесения нижестоящим судом решения об отказе в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Суть такого особенного порядка заключается в том, что когда народный суд средней инстанции (как суд первой инстанции) после рассмотрения собирается вынести решение об отказе, он обязуется получить на это одобрение от вышестоящего суда (высшего суда провинций или городов центрального подчинения, как судов второй инстанции или кассационной инстанции). А если высший суд захочет поддержать и одобрить такое решение (об отказе), высший суд тоже обязан получить одобрение от Верховного народного суда Китая, и только после получения одобрения Верховного народного суда Китая народный суд средней инстанции вправе вынести решение об отказе от своего имени. Получается, что на практике только Верховный народный суд Китая вправе принять окончательное решение об отказе в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

На это смотрят по-разному, в том числе некоторые считают, что это фактически нарушает подсудность и независимость судов. Но, собственно я выступаю за такой порядок, потому что иначе в Китае невозможно гарантировать единогласное толкование и применение Нью-Йоркской конвенции. Я также считаю, что именно такой четкий порядок демонстрирует поддержку и уважение китайской судебной системы коммерческому арбитражу, и это укрепляет основу успешного развития арбитражного разбирательства в Китае.

²⁰⁵ <http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=193>

Решение китайского суда по делу признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных дел сразу вступает в силу после его принятия, не подлежит обжалованию в вышестоящий суд.

2. Возвращение Гонконга и Макао в Китай создало новую проблему применения Нью-Йоркской конвенции

До возвращения Гонконга (1 июля 1997 года) и Макао (20 декабря 1999 года) под суверенитет Китая в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории Гонконга и Макао применение Нью-Йоркской конвенции не представляло никаких проблем, поскольку что Гонконг и Макао тоже являлись государствами-участниками данной Конвенции. Но, после их возвращения в юрисдикцию Китая Гонконг и Макао уже потеряли статус государств-участников Конвенции, соответственно Конвенция там уже не подлежит применению.

21 июня 1999 года Китай и Гонконг соответственно в лице Верховного народного суда Китая и Министерства юстиции Гонконга подписали Соглашение о взаимном исполнении арбитражных решений (最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排)²⁰⁶,

которое урегулирует все вопросы по признанию и приведению в исполнение арбитражных решений между Китаем и Гонконгом. В этом соглашении были предусмотрены почти все статьи, изложенные в тексте Нью-Йоркской конвенции. 10 октября 2007 года между Китаем и Макао тоже было подписано аналогичное соглашение (最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排)²⁰⁷.

Необходимо понимать, что на самом деле в Китае существует четыре юрисдикции. Если вам надо в Китае признать и привести в исполнение арбитражное решение, вынесенное на территории Гонконга, то нужно ссылаться на двухстороннее соглашение, а не на Нью-Йоркскую конвенцию. Но, главное – это никак не влияет на применение Нью-Йоркской конвенции между Гонконгом или Макао и другими государствами-участниками Конвенции.

3. Китайское понимание Нью-Йоркской конвенции в практике ее применения.

3.1. Как определить национальную принадлежность иностранных арбитражных решений?

С учетом пункта 1 статьи 1 Конвенции и оговорки Китая о том, что Китай признает и приводит в исполнение только иностранное арбитражное решение, вынесенное на территории другого государства-участника данной Конвенции, поэтому место арбитража стало единственным моментом для определения национальной принадлежности иностранных арбитражных решений. В китайской судебной практике некоторые суды тоже обращали внимание именно на то, что если арбитражные решения были вынесены иностранными

²⁰⁶ <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-108.html>

²⁰⁷ <http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=201>

арбитражными учреждениями, то они тоже будут являться иностранными решениями для китайских судов, но это не всегда корректно. В декабре 2009 года Верховный народный суд Китая в своем уведомлении исправил эту практику и подчеркнул, что если на территории Гонконга были вынесены решения иностранными арбитражными учреждениями, в том числе ИСС, даже не смотря на то обстоятельство, что эти арбитражные учреждения являются иностранными, но местом арбитража был Гонконг, поэтому на территории Китая признать и исполнить такие решения можно только в соответствии с Соглашением между Китаем и Гонконгом, а не с Нью-Йоркской конвенцией.

И тоже по этому территориальному принципу «не внутреннее решение» не может определяться и признаваться в Китае в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. Хотя в практике китайский суд один раз признал решение, вынесенное ИСС в Пекине 21 сентября 2007 года, со ссылкой на часть 2 статьи 1 Нью-Йоркской конвенции как «не внутреннее решение». Пока нет официального разъяснения Верховного народного суда Китая по данному вопросу, но из комментариев некоторых компетентных судей Верховного народного суда Китая к соответствующей статье Конвенции можно сделать вывод, что в рамках Нью-Йоркской конвенции Верховный народный суд не будет признавать «не внутреннее решение».

3.2. Наличие или отсутствие письменного арбитражного соглашения.

Пункт 2 Статья 2 Нью-Йоркской конвенции установил минимальные требования к письменной форме арбитражного соглашения или арбитражной оговорки, допуская, что оно было заключено в виде одного документа или путем обмена документами.

Верховный народный суд Китая в своем Постановлении о некоторых вопросах применения Закона Китая об Арбитраже от 23 августа 2006 года²⁰⁸ дал расширенное толкование касательно письменной формы арбитражного соглашения, в том числе: 1) арбитражное соглашение может быть зафиксировано в документах, передаваемых с помощью электронной почты или иной цифровой технологии; 2) стороны могут заключать арбитражное соглашение путем ссылки на другой документ, содержащий арбитражное соглашение; 3) если права и обязанности договора передаются третьему лицу (цессионарию), то арбитражная оговорка тоже будет являться обязательной для цессионария за исключением случая, когда стороны договорились об ином, или когда цессионарий вообще не знал о наличии арбитражной оговорки или сразу возражал против арбитражной оговорки; 4) если сторона не возражала против арбитражной оговорки до первого слушания, то в дальнейшем она лишается права ссылаться на отсутствие арбитражного соглашения. В вышеуказанных случаях китайские суды будут признавать наличие заключенного сторонами письменного арбитражного соглашения.

²⁰⁸ <http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=209>

Обязательный арбитраж между юридическими лицами РФ и КНР.

Более того, еще надо обратить внимание на статью 52 Общих условий поставок между СССР и КНР от 13 марта 1990 года (ПРОТОКОЛ ОБ ОБЩИХ УСЛОВИЯХ ПОСТАВОК ТОВАРОВ ИЗ СОЮЗА ССР В КИТАЙСКУЮ НАРОДНУЮ РЕСПУБЛИКУ И ИЗ КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКИ В СОЮЗ ССР)²⁰⁹, которая установила принудительную арбитражную оговорку. Все споры, могущие возникнуть из контракта или в связи с ним, если стороны не смогли урегулировать их путем переговоров или переписки, не подлежат подсудности общих судов и должны быть разрешены в арбитражном порядке, а именно: если ответчиком является предприятие или организация Союза ССР, то в Арбитражном суде при Торгово-промышленной палате СССР в Москве в соответствии с Регламентом этого Арбитражного суда; если ответчиком является внешнеторговое предприятие или организация Китайской Народной Республики, то в Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии при Китайском комитете содействия развитию международной торговли в Пекине в соответствии с Правилами о производстве дел в этой Комиссии.

В силу того, что 13 января 1992 года МИД России заявил, что Российская Федерация продолжает осуществлять права и выполнять обязательства, вытекающие из международных договоров, заключенных Союзом Советских Социалистических Республик, и Федеральный закон от 7 июля 1993 года о Международном коммерческом суде установил, что Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации является преемником арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР, означает, что вышеуказанная принудительная процедура арбитража остается обязательной между юридическими лицами России и Китая.

Но на практике российские суды не всегда признают императивность или обязательность Общих условий поставок как международного договора, в то время как Верховный народный суд Китая однозначно установил, что данный документ является международным договором и имеет преимущественную силу над национальным законодательством Китая.

3.3. Применимое право в отношении действительности арбитражного соглашения.

Если стороны предусмотрели применимое право в контракте, но не четко указали на то, что такое право также применяется для толкования действительности арбитражного соглашения, то в китайской судебной практике такое право применяется только для толкования или регулирования материального права, а не может быть применено для толкования действительности арбитражного соглашения.

В случае, когда китайские суды рассматривают дела касательно действительности арбитражного соглашения, прежде всего, руководствуются правом,

²⁰⁹ http://www.chinaruslaw.com/RU/CnRuTreaty/003/2010112113744_630703.htm

которое стороны предусмотрели в арбитражном соглашении именно для определения действительности арбитражного соглашения. Если стороны не предусмотрели такое право в арбитражном соглашении, то суды будут руководствоваться правом по месту арбитража или месту третейского учреждения, предусмотренного сторонами в арбитражном соглашении. Если же стороны вообще не предусмотрели место арбитража или арбитражного учреждения, то китайские суды решают действительность арбитражного соглашения в соответствии с правом Китая.

3.4. Обязательность и приоритет прямых арбитражных соглашений.²¹⁰

В 2017 году Первый шанхайский суд средней инстанции с одобрения Верховного народного суда Китая отказал в признании решения, вынесенного Сингапурским международным арбитражным центром в соответствии с подпунктом 4 пункта 1 статьи 5 Конвенции, потому что состав арбитражного органа не соответствовал соглашению сторон. В данном деле стороны прямо предусмотрели в арбитражном соглашении, что состав третейского суда будет состоять из трех арбитров, а Сингапурский международный арбитражный центр в соответствии с Регламентом применил упрощенную процедуру и назначил единоличного арбитра, который рассмотрел и вынес решение против китайского ответчика.

3.5. Неарбитрабельность споров как основание отказа.

В статье 3 Закона Китая об арбитраже четко установлено, какие споры не могут быть переданы на разрешение третейского разбирательства, в том числе семейные, наследственные, административные и прочие. В целом в китайском законодательстве меньше запретов и ограничений касательно арбитрабельности споров, большинство коммерческих споров может стать предметом арбитражного разбирательства, в том числе споры, связанные с недвижимостью или корпоративные споры, а также споры, связанные с созданием и реорганизацией компаний и совместных предприятий с участием иностранных инвестиций.

Из-за неарбитрабельности споров китайский суд всего один раз отказал в признании решения, вынесенного монгольским третейским судом, потому что в данном деле монгольский суд решил исключительно вопросы права наследства взыскателя на инвестиции своего умершего мужа, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства по закону Китая.

3.6. Публичный порядок как основание отказа.²¹¹

В китайской судебной практике китайские суды очень редко используют основание публичного порядка для отказа в признании иностранных арбитражных решений. И был всего лишь один случай, когда несмотря на наличие вынесенного решения китайского суда, иностранный третейский суд вынес

²¹⁰ <http://www.xindalilaw.com/newsitem/278158561>

²¹¹ <http://www.xindalilaw.com/newsitem/278158568>

собственное решение по тому же предмету спора и тем самым посягнул на суверенитет китайской судебной юрисдикции.

Верховный народный суд Китая тоже дал указание о том, что в тех случаях, когда суды уже нашли другие основания для отказа в признании иностранных арбитражных решений, не ссылаться на публичный порядок.

3.7. *Специальный сборник о применении Конвенции.*

Четвертая коллегия по гражданским делам Верховного народного суда Китая каждый год собирает и издает специальный сборник, в котором публикуются все доклады нижестоящих судов и ответы или разъяснения Верховного народного суда по конкретным делам касательно признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Регулярное издание таких сборников формирует более единообразное толкование и понимание для нижестоящих судов вопросов признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

4. При подаче заявления в китайский суд для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных дел надо обратить внимание на некоторые процедурные моменты.

В Китае для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, заявление надо подавать в народный суд средней инстанции, если только решение не касается вопросов, для которых в Китае действуют специализированные суды. В настоящее время в Китае судов такого рода немало, в том числе Финансовый суд в Шанхае, суды по морским делам.

В деле признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений взыскатель не может требовать возмещения своих расходов на представителя за представление интересов в исполнительном производстве.

До момента вынесения китайским судом решения о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений взыскатель не вправе обращаться в китайский суд с просьбой о применении мер обеспечения иска.

ВИКОНАННЯ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ ЗГІДНО НЬЮ-ЙОРКСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА ВИКЛЮЧЕННЯ, АРГУМЕНТОВАНЕ МІРКУВАННЯМИ ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ. НОВІ ТЕНДЕНЦІЇ ФРАНЦІЇ

Стасик Олена (Франція)

юрист ЮФ Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle

Деякі практики та вчені зазначають, що арбітраж залишається одним з ефективних способів обійти законодавство та легально отримати користь від незаконних дій.²¹² Ці практики та вчені пояснюють це тим, що часто арбітражні трибунали при розгляді справи вимагають письмових доказів та свідчень для визнання наявності у справі корупції або інших протиправних дій. Проте такі правопорушення є чимось, що рідко залишає паперовий слід, і тим, що важко довести. У разі відсутності таких доказів арбітражні трибунали часто виносять рішення в яких вказують на недоведеність таких протиправних дій. Декілька таких рішень будуть розглянуті в цій статті. Якщо арбітражний трибунал не визнає наявності корупційних дій, тоді одна зі сторін отримує юридично захищений статус і може отримати вигоду від своїх протиправних дій. Захищений статус пояснюється тим, що рішення міжнародного арбітражного трибуналу, за загальним правилом, підлягає обов'язковому виконанню згідно з положеннями Нью-Йоркської конвенції.²¹³ Проте аналіз поточної судової практики доводить, що таке розуміння є дуже спрощеним і в багатьох випадках просто не відповідає дійсності.

Незважаючи на обов'язковий характер конвенції в цілому, стаття 5-2(б) Нью-Йоркської конвенції встановлює вичерпний перелік випадків, при яких можлива відмова у визнанні та виконанні рішень арбітражних трибуналів. Однією з таких підстав є протиріччя рішення публічному порядку країни-місця виконання.²¹⁴ Сама конвенція не дає визначення терміну «публічний порядок», а залишає його країнам-підписантам.

Будь-які незаконні дії, включаючи корупцію, відмивання грошей та шахрайство є, беззаперечно, загрозою для добробуту будь-якої країни. Тому не дивно, що міжнародні організації, Європейський Союз та країни члени ЄС розробили

²¹² «International Arbitration and Money Laundering», підготована Andrew de Lotbiniere Mc Dougall, American University International law Review, том 20, випуск 5, с. 1021-1054; «Arbitration and Money Laundering: What Are The Obligations Placed On Counsel And Arbitrators And What Risks Do They Face?», підготована Patricia Nacimiento, Tilmann Hertel, Catrice Gayer, доступна на: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/10/arbitration-money-laundering/>, станом на 26 серпня 2018 року; «Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud» підготована Kristine Karsten, Andrew Berkeley, доступна на <http://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-201510006-n>, станом на 26 серпня 2018 року;

²¹³ Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень підписана 10 червня 1958, доступна на http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_070, станом на 26 серпня 2018 року.

²¹⁴ Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень підписана 10 червня 1958, доступна на http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_070, станом на 26 серпня 2018 року.

та впровадили різні способи боротьби з такими правопорушеннями.²¹⁵ Так, стаття 325 Договору про функціонування Європейського Союзу зобов'язує країни-члени вживати всі необхідні дії для протистояння діям, що можуть зашкодити його фінансовим інтересам. З метою запровадження узагальненого підходу Європейським Союзом була прийнята спеціальна Директива (EU) 2017/1371 від 5 липня 2017 року. Положення цієї Директиви були в подальшому відображені в законодавстві більшості країн членів ЄС.²¹⁶ Проте, детальне регулювання боротьби з протиправною діяльністю все ж встановлюється кожною окремою країною в національному законодавстві. Такі види боротьби включають різноманітні засоби, передбачені як кримінальним так і цивільним законодавством, зокрема, можливість відмови у визнанні та виконанні рішень міжнародних арбітражних трибуналів. Це, в свою чергу, створює напругу між обов'язком країни визнати остаточну силу арбітражного рішення та можливістю відмовити в його визнанні та виконанні у зв'язку з порушенням публічного порядку таким рішенням. Особливо, беручи до уваги, що часто сторони, незадоволені рішенням трибуналу, зловживають цим правом країн і просять відповідні державні суди визнати рішення трибуналу таким, що протирічить публічному порядку, навіть якщо це рішення не суперечить публічному порядку. Саме тому країни встановили власні правила перегляду, підходи та критерії для визначення наявності та ступеня порушення публічного порядку.²¹⁷ Так Швейцарія, Німеччина, Італія і Франція встановлюють високий поріг, який має бути задоволений для того, щоб суддя скасував рішення арбітражного трибуналу чи відмовив у його визнанні та виконанні.²¹⁸ Швейцарські суди вимагають, щоб порушення було «нестерпним», Німеччина вимагає «серйозного» порушення, а Італія – порушення, що протирічить правовому порядку.²¹⁹ Проте всі ці країни визнають, що корупція, шахрайство та відмивання грошей є порушенням міжнародного публічного порядку, тому відповідні рішення, що захищають такі порушення, не підлягають

²¹⁵ «International Arbitration and Money Laundering», підготована Andrew de Lotbiniere Mc Dougall, American University International law Review, том 20, випуск 5, с. 1021-1054.

²¹⁶ Директива Європейського Союзу № 2017/1371 від 5 червня 2017 «Про боротьбу проти шахрайства, що посягає на фінансові інтереси Європейського Союзу за допомогою кримінального права», опублікована в Офіційному журналі №198 від 28 липня 2017, с. 29-41. Великобританія та Данія не підпадають під дію цієї директиви.

²¹⁷ Звіт на тему: «Виключення аргументоване міркуваннями публічного порядку за Нью-Йоркською конвенцією», підготований в жовтні 2015, підготований ІВА Підкомітетом відповідальним за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, доступний на: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrdr/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року.

²¹⁸ Звіт на тему: «Виключення аргументоване міркуваннями публічного порядку за Нью-Йоркською конвенцією», підготований в жовтні 2015, підготований ІВА Підкомітетом відповідальним за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, доступний на: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrdr/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року та відповідні звіти по країнам.

²¹⁹ Звіт на тему: «Виключення аргументоване міркуваннями публічного порядку за Нью-Йоркською конвенцією», підготований в жовтні 2015, підготований ІВА Підкомітетом відповідальним за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, доступний на: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrdr/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року.

визнанню та виконанню.²²⁰ При цьому сама наявність та ступінь такого порушення встановлюється судом у кожному окремому випадку і залежить від багатьох факторів.

Наразі умовно розрізняють три типи підходів державних судів до розгляду справ щодо визнання рішень міжнародних арбітражних трибуналів такими, що відповідають/не відповідають міжнародному публічному порядку, а саме: мінімальний, середній та максимальний підхід.²²¹ Мінімальний рівень контролю полягає лише в розгляді відповідності безпосередньо тексту рішення трибуналу або його частини публічному порядку. Так, наприклад, італійський Цивільний процесуальний кодекс обмежує суддю лише переглядом регулятивної частини рішення.²²² Середній рівень контролю полягає в перегляді мотивування та висновків, що були зроблені трибуналом. Максимальний рівень полягає в повному перегляді фактичних та юридичних доказів, наданих сторонами як упродовж арбітражного розгляду справи так і після його завершення, та їх незалежному судовому аналізу. Досліджуючи еволюцію судової практики Франції можна простежити зміну в підході до рівня контролю відповідності від мінімального до максимального. З метою дослідження причин та наслідків такої зміни, як для Франції так і для арбітражу в цілому, у цій статті будуть проаналізовані відповідні ключові рішення.

У Франції процесуальні аспекти визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів згідно з Нью-Йоркською конвенцією регулюються Цивільно-процесуальним кодексом. Так, стаття 1514 Цивільно-процесуального кодексу повторює положення Нью-Йоркської конвенції та встановлює загальне правило, за яким рішення арбітражних трибуналів підлягають обов'язковому визнанню та виконанню на території Франції. Проте ця ж стаття також встановлює виключення, а саме випадки, в яких таке визнання та виконання явно протирічить міжнародному публічному порядку. Саме таке «очевидне протиріччя міжнародному публічному порядку» має бути встановлене державним судом

²²⁰ Звіт на тему: «Виключення аргументоване міркуваннями публічного порядку за Нью-Йоркською конвенцією», підготований в жовтні 2015, підготований IBA Підкомітетом відповідальним за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, доступний на: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbtl_Awrd/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року.

²²¹ «Corruption as a Bar to Award Enforcement in France», підготована Anne-Marie Lacoste, видавництво Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2018, том 36 випуск 1) с. 31–52; «Arbitrage – Conformité des sentences internationales a l'ordre public: la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limite – Note sous arrêt», підготована Denis Mouralis, La semaine juridique. Edition générale No. 16, 21 квітня 2014, 476, с. 3, 10; «L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)», автор Luca G. Radicati Di Brozolo, опубліковано Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3), с. 530–534; Звіт на тему: «Виключення аргументоване міркуваннями публічного порядку за Нью-Йоркською конвенцією», підготований в жовтні 2015, підготований IBA Підкомітетом відповідальним за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, доступний на: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbtl_Awrd/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року.

²²² Звіт «Публічний порядок та Італійське законодавство по міжнародному арбітражу» підготовлений Massimo Benedettelli та Michele Sabatini 24 квітня 2015 року для IBA Підкомітету відповідального за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, С. 7, доступний, https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbtl_Awrd/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року.

та обґрунтоване після перегляду кожного конкретного рішення. Відповідно до статті 1487 Цивільно-процесуального кодексу примусове виконання рішень міжнародних арбітражних трибуналів можливе за умови отримання ухвали екзекватур. Ухвала про відмову в екзекватурі має бути вмотивована. З метою устороннього розгляду цієї теми, разом з рішеннями суду щодо ухвал екзекватур будуть також проаналізовані і судові рішення щодо скасування арбітражних рішень, винесених на території Франції. Слід зазначити, що в обох випадках суди застосовують однакові критерії у визначенні відповідності рішення міжнародному публічному порядку.

Французьких суддів, які виконують процесуальні дії щодо визнання рішень та приводять їх до виконання у Франції, називають суддями по рішенням, а не по справі.²²³ Застосовуючи один з вищеназваних підходів, вони лише розглядають чи не протирічить визнання та виконання арбітражного рішення у Франції міжнародному публічному порядку. Це пояснюється тим, що Франція, як країна-підписант, визнає остаточність арбітражних рішень, за винятком чітко окресленого конвенцією та французьким процесуальним законодавством кола виключень.

Мінімальний рівень контролю був основним підходом у Франції до 2012 року. Одним з ключових рішень, в якому цей підхід був застосований, є рішення у справі *Thales Air Defense* проти *G.I.E. Euromissile*. Спір у цій справі виник у зв'язку з невиконанням договору зі сторони *Thales Air Defense*. Таке невиконання було встановлене рішенням арбітражного трибуналу. Проте, у 2004 році *Thales Air Defense* подав клопотання до Паризького апеляційного суду²²⁴ з вимогою скасувати рішення арбітражного трибуналу, обґрунтовуючи своє клопотання тим, що це рішення протирічить публічному порядку.²²⁵ У своєму клопотанні *Thales Air Defense* вказав, що при винесенні рішення арбітражний трибунал не звернув увагу на те, що договір укладений з *G.I.E. Euromissile*, протирічить положенням антимонопольного законодавства Європейського Союзу. І тому, таке рішення не підлягає примусовому виконанню. Варто зазначити, що вперше цей аргумент *Thales Air Defense* навів тільки у клопотанні про скасування арбітражного рішення, а не під час арбітражного розгляду.²²⁶

²²³ «Droit de l'arbitrage interne et international», автори Christophe Seraglini et Jerime Ortscheidt, видавництво Montchrestien-Lextenso éditions, 2013, С. 969; *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, рішення Паризького апеляційного суду (Перша палата) від 18 листопада 2004 року опубліковане в *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3) с. 751 – 760; «Arbitrage – Conformité des sentences internationales a l'ordre public: la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limite – Note sous arrêt», підготована Denis Mouralis, *La semaine juridique*. Edition générale No. 16, 476, 21 квітня 2014, Розділ 2.

²²⁴ Цікавою особливістю цієї справи було те, що це арбітражне рішення було вже частково виконане згідно з ухвалою екзекватур.

²²⁵ «L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)», автор Luca G. Radicati Di Brozolo, опубліковано *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3), с. 529 – 560.

²²⁶ «L'illicéité “qui crève les yeux”»: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)», автор Luca G. Radicati Di Brozolo, опубліковано *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3), с. 529 – 560.

У провадженні в цій справі Паризький апеляційний суд вказав, що, по-перше, суддя відповідальний за перегляд рішень трибуналу на відповідність публічному порядку не має права виносити рішення по суті з питань, що не були темою дебатів сторін та по яким не було винесено рішення трибуналом, тільки тому, що контракт містить у собі положення, які одна зі сторін заявляє такими, що можливо протирічать антимонопольному законодавству. По-друге, суд зазначив, що для того, аби мати можливість перегляду фактичних обставин справи, суддя спершу має встановити, що порушення публічного порядку, заявлені однією зі сторін, є такими, що «колють очі».²²⁷ Це має бути видно з аналізу тексту арбітражного рішення.²²⁸ У своєму рішенні апеляційний суд вивів критерій за яким лише порушення «що кидається в очі, фактичне та конкретне» (*«flagrante, effective et concrète»*) визнається порушенням публічного порядку.²²⁹ У справі *Thales Air Defense* проти *G.I.E. Euromissile*, суд прийшов до висновку, що рішення трибуналу не стосується порушень, що «колють очі». Отже, воно не порушує публічний порядок та не підлягає скасуванню.²³⁰ Вищевказаний критерій, визначений судом у цій справі, став основоположним критерієм для вирішення подальших справ. Такий підхід був підтриманий Касаційним судом,²³¹ зокрема у справі про оскарження ухвали екзекватур у справі *SNF* проти *Cytec Industries BV*, що також виникла у сфері антимонопольного законодавства.²³² В обох цих справах французькі суди прийшли до висновку, що заявлене порушення антимонопольного законодавства ЄС не є порушенням міжнародного публічного

²²⁷ *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, рішення Паризького апеляційного суду (Перша палата) від 18 листопада 2004 року опубліковане в *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3) с. 757.

²²⁸ *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, рішення Паризького апеляційного суду (Перша палата) від 18 листопада 2004 року опубліковане в *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3) с. 757; «L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)», автор Luca G. Radicati Di Brozolo, опубліковано *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3), с. 533 – 536.

²²⁹ *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, рішення Паризького апеляційного суду (Перша палата) від 18 листопада 2004 року опубліковане в *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3) с. 757 – 759; «The French Law Standard of Review from the Conformity of Awards with International Public Policy where Corruption is Alleged: Is the Requirement of a «Flagrant» Breach Now Gone?», опублікована в *Kluwer Arbitration Blog* 10 грудня 2014, підготована Patricia Peterson, доступна <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/12/10/the-french-law-standard-of-review-for-conformity-of-awards-with-international-public-policy-where-corruption-is-alleged-is-the-requirement-of-a-flagrant-breach-now-gone/>, станом на 26 серпня 2018 року.

²³⁰ *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, рішення Паризького апеляційного суду (Перша палата) від 18 листопада 2004 року опубліковане в *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3) с. 754 – 760.

²³¹ *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, рішення Паризького апеляційного суду (Перша палата) від 18 листопада 2004 року опубліковане в *Revue de l'Arbitrage*, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2005, том 2005, випуск 3) с. 754 – 760.

²³² «Arbitrage – Conformité des sentences internationales a l'ordre public: la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limite – Note sous arrêt», підготована Denis Mouralis, *La semaine juridique*. Edition générale No.16, 476, 21 квітня 2014; Виступ на тему «La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international» підготований Emmanuel Gaillard для Конференції, проведеної в Касаційному суді, доступний https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf, станом на 26 серпня 2018 року.

порядку.²³³ Цікаво, що до такого ж висновку прийшов і швейцарський Вищий суд в аналогічній справі.²³⁴

Проте в справах, в яких підіймалось питання наявності корупційних дій, французькі державні суди зазначали, що при необхідності суддя може переглядати фактичні обставини справи та правові кваліфікації трибуналу.²³⁵ Так у справі *Gulf Leaders* проти *Credit Foncier de France*, *Gulf Leaders* просив скасувати рішення трибуналу на підставі того, що контракт, щодо виконання якого виник спір, був укладений з метою прикриття корупційних дій.²³⁶ Питання наявності корупційних дій було розглянуто арбітражним трибуналом. Трибунал прийшов до висновку, що *Gulf Leaders* не надав достатньо доказів для того, щоб можна було встановити наявність корупційних дій.²³⁷ При перегляді цього рішення Паризький апеляційний суд, проаналізувавши докази,²³⁸ підтримав рішення трибуналу. Суд прийшов до висновку, що рішення трибуналу не протирічить публічному порядку.²³⁹ Проте такий підхід не був єдиним підходом. Наприклад, у справі пан Шнайдер проти *CPL*, в якій також піднімалось питання наявності корупції, Паризький апеляційний суд знову застосував мінімальний підхід і визнав, що арбітражне рішення не протирічить публічному порядку.²⁴⁰

²³³ «The French Law Standard of Review from the Conformity of Awards with International Public Policy where Corruption is Alleged: Is the Requirement of a «Flagrant» Breach Now Gone?», опублікована в Kluwer Arbitration Blog 10 грудня 2014, підготована Patricia Peterson, доступна <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/12/10/the-french-law-standard-of-review-for-conformity-of-awards-with-international-public-policy-where-corruption-is-alleged-is-the-requirement-of-a-flagrant-breach-now-gone/>, станом на 26 серпня 2018 року; «France No. 38, SNF SAS (France) v. Cytec Industries BV (Netherlands), Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, First Chamber, Not Indicated, 23 March 2006», опубліковано в Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2007 – том XXXII, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 32 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2007) с. 282 – 289; «Société SNF SAS v. Société Cytec Industries BV», рішення Паризького апеляційного суду (Перша палата) від 23 березня 2006», облікована Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2007, том 2007 Issue 1) с. 100.

²³⁴ Виступ на тему «La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international» підготований Emmanuel Gaillard для Конференції, проведеної в Касаційному суді, доступний https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf, станом на 26 серпня 2018 року.

²³⁵ Рішення від 8 березня 2006, Перша палата Цивільного суду Вищого суду Швейцарії по справі Freyssinet Terra Armata S.R.L проти Tensacciai S.P.A, справа №4P.278/2005, доступне <http://www.swissarbitrationdecisions.com/violation-of-public-policy-notion-of-public-policy-exclusion-of-?search=4P.278%2F2005> станом на 26 серпня 2018 року.

²³⁶ «Arbitrage – Conformité des sentences internationales a l'ordre public: la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limite – Note sous arrêt», підготована Denis Mouralis, La semaine juridique. Edition générale No. 16, 476, 21 квітня 2014, Розділ 2 (Б).

²³⁷ «Gulf Leaders for Management and Services Holding Company v. SA Crédit foncier de France, Паризький апеляційний суд, від 4 березня 2014», опублікована в Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2014, том 2014 випуск 4) с. 955–959.

²³⁸ «Gulf Leaders for Management and Services Holding Company v. SA Crédit foncier de France, Паризький апеляційний суд, від 4 березня 2014», опублікована в Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2014, том 2014 випуск 4) с. 955–959.

²³⁹ «The French Law Standard of Review from the Conformity of Awards with International Public Policy where Corruption is Alleged: Is the Requirement of a «Flagrant» Breach Now Gone?», опублікована в Kluwer Arbitration Blog 10 грудня 2014, підготована Patricia Peterson, доступна <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/12/10/the-french-law-standard-of-review-for-conformity-of-awards-with-international-public-policy-where-corruption-is-alleged-is-the-requirement-of-a-flagrant-breach-now-gone/>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁴⁰ «Gulf Leaders for Management and Services Holding Company v. SA Crédit foncier de France, Паризький апеляційний суд, від 4 березня 2014», опублікована в Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2014, том 2014 випуск 4) с. 955–959.

Протягом всього періоду, мінімальний підхід піддавався критиці. Хоча цей підхід задовольняв вимогу остаточності арбітражного рішення шляхом заборони перегляду рішень по суті, але він призвів до встановлення досить поверхового стандарту аналізу відповідності публічному порядку.²⁴¹ Мінімальний підхід і зараз залишається основним підходом при розгляді справ про визнання, виконання та скасування рішень у таких країнах як Італія, Швейцарія та Німеччина.²⁴²

Починаючи з 2012 року французькі державні суди почали поступово змінювати підхід до контролю відповідності арбітражного рішення публічному порядку.²⁴³ Надалі замість такого, «що кидається в очі, фактичного та конкретного», суд почав встановлювати наявність «очевидного, фактичного та конкретного» («*manifeste, effective et concrète*») порушення.²⁴⁴ Така, на перший погляд, незначна зміна в формулюванні суттєво знизила поріг, щодо визнання рішення таким, що протирічить міжнародному публічному порядку.²⁴⁵ Таку зміну необхідно розглядати в контексті загальних змін у суспільстві та світовій спільноті в цілому. Так, у 2016 році у Франції був прийнятий новий Закон №2016-1691, що суттєво змінив зобов'язання державних органів, юридичних та фізичних осіб по відношенню до виявлення та протистояння корупції, відмиванню грошей та ухилення від сплати податків.²⁴⁶ Існує думка, що серед

²⁴¹ «Note – 10 septembre 2009, Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1)», підготована Louis Christophe Delanoy, опублікована Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2010, Volume 2010 Issue 3) с. 553 – 571.

²⁴² «The French Law Standard of Review from the Conformity of Awards with International Public Policy where Corruption is Alleged: Is the Requirement of a «Flagrant» Breach Now Gone?», опублікована в Kluwer Arbitration Blog 10 грудня 2014, підготована Patricia Peterson, доступна <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/12/10/the-french-law-standard-of-review-for-conformity-of-awards-with-international-public-policy-where-corruption-is-alleged-is-the-requirement-of-a-flagrant-breach-now-gone/>, станом на 26 серпня 2018 року; «Arbitrage – Conformité des sentences internationales a l'ordre public: la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limite – Note sous arrêt», підготована Denis Mouralis, La semaine juridique. Edition générale No.16, 476, 21 квітня 2014, Розділ 2 (Б).

²⁴³ Відповідні доповіді по країнам в Звіті на тему: «Виключення аргументоване міркуваннями публічного порядку за Нью-Йоркською конвенцією», підготований в жовтні 2015, підготований IBA Підкомітетом відповідальним за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, доступний на: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrd/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁴⁴ «Arbitrage international. – Sentence. – Recours contre la sentence. – «Security for claim». – Conformité de la sentence à l'ordre public. – Corruption. – Blanchiment. – Preuve. – Méthode des indices (red flags). – Objet du contrôle. – Intensité du contrôle. – Lois de police. – Transparence dans la passation de marchés publics. – Interdiction pour un État d'invoquer la violation de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels», коментар Emmanuel Gaillard, опублікована в Journal du droit international (Clunet) №4, 20 жовтня 2017, с. 14-17.

²⁴⁵ «Arbitrage international. – Sentence. – Recours contre la sentence. – «Security for claim». – Conformité de la sentence à l'ordre public. – Corruption. – Blanchiment. – Preuve. – Méthode des indices (red flags). – Objet du contrôle. – Intensité du contrôle. – Lois de police. – Transparence dans la passation de marchés publics. – Interdiction pour un État d'invoquer la violation de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels», коментар Emmanuel Gaillard, опублікована в Journal du droit international (Clunet) №4, 20 жовтня 2017, с. 14-17.

²⁴⁶ «Arbitrage international. – Sentence. – Recours contre la sentence. – «Security for claim». – Conformité de la sentence à l'ordre public. – Corruption. – Blanchiment. – Preuve. – Méthode des indices (red flags). – Objet du contrôle. – Intensité du contrôle. – Lois de police. – Transparence dans la passation de marchés publics. – Interdiction pour un État d'invoquer la violation de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels», коментар Emmanuel Gaillard, опублікована в Journal du droit international (Clunet) №4, 20 жовтня 2017, с. 14-17.

іншого, цей закон також вплинув на ставлення судів до розгляду справ щодо перегляду і визнання арбітражних рішень, у яких є суттєві підстави вважати наявність таких правопорушень. Уже 2017 році французькі суди, зокрема, Паризький апеляційний суд почав активно застосовувати максимальний підхід до перегляду рішень арбітражних трибуналів. При максимальному підході до встановлення «очевидного, фактичного та конкретного» порушення публічного порядку, суд почав також брати до уваги існування вагомих, показників можливого існування корупції, відмивання грошей та шахрайства. Зокрема, про це свідчать три рішення, які будуть розглянуті нижче.

У першій справі, *Indagro* проти *Ancienne maison Marcel Bauche* (надалі – «*Bauche*»), Паризький апеляційний суд прийшов до висновку, що визнання та виконання цього рішення протирічить публічному порядку. Такий висновок був зроблений, беручи до уваги нові докази, що були надані лише при розгляді апеляційної заяви про скасування ухвали екзекватур.²⁴⁷

Спир у цій справі виник через договір поставки добрива між компанією *Indagro* та компанією *Bauche*.²⁴⁸ Згідно договору компанія *Indagro* зобов'язалась постачати добриво в Бенін та Конго. Проте після поставки, компанія *Bauche* затримала розгрузку суден, що у свою чергу призвело до простою та значних витрат компанії *Indagro*. Відповідно, компанія *Indagro* вимагала від партнера відшкодування витрат та збитків. Саме це стало причиною звернення компанії *Indagro* до Лондонської асоціації морських арбітрів (*London Maritime Arbitration Association*). Цей спір розглядався одним арбітром. З метою забезпечення гарантії виплати за рішенням арбітра, той наказав компанії *Bauche* внести на спеціальний рахунок один мільйон доларів США.²⁴⁹ Паралельно з розглядом цієї справи в арбітражі, компанія *Bauche* ініціювала кримінальне розслідування за підозрою у шахрайстві та корупції в діях одного з працівників компанії *Bauche*.²⁵⁰ Компанія *Bauche* підозрювала, що один з її працівників був підкуплений компанією *Indagro* і тому уклав договір від імені компанії *Bauche* на не вигідних для неї умовах. Кримінальне розслідування проводилося у Франції. У зв'язку з цим кримінальним розслідуванням, компанія *Bauche* звернулася до арбітра з проханням призупинити арбітражний розгляд до

²⁴⁷ Закон №2016-1691 від 9 грудня 2016 року, доступний <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id>, станом на 26 серпня 2018 року; «Sapin II: l'an I de la lutte anticorruption», підготована Kami Haeri, Valerie Munoz-Pons, опублікована Dalloz avocats – Exercer et Entreprendre 2017.

²⁴⁸ Рішення по справі *Indagro* проти *Ancienne Maison Marcel Bauche*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), №15/12641 від 27 вересня 2016, с.7, доступне <http://newyorkconvention1958.org/visionneuse.php?lvl=afficheur&explnum=2996#page/1/mode/1up> станом на 26 серпня 2018 року; Рішення по справі за клопотанням №16-25657, *Indagro* проти *Ancienne Maison Marcel Bauche*, Касаційний суд (Перша цивільна палата) від 13 вересня 2017, доступне <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035572584&fastReqId=336764552&fastPos=1> та <http://newyorkconvention1958.org/visionneuse.php?lvl=afficheur&explnum=2996#page/1/mode/1up> станом на 26 серпня 2018 року; «Corruption as a Bar to Award Enforcement in France», підготована Anne-Marie Lacoste, видавництво Matthias Scherer (ed), опублікована ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2018, том 36 випуск 1) с. 31 – 52.

²⁴⁹ «Arbitrage – Droit de l'arbitrage – Chronique Chronique» підготовлена Jérôme Ortscheidt та Christophe Seraglini, опублікована La Semaine Juridique Entreprise et Affaires №15-16, від 12 березня 2018, с. 1-2.

²⁵⁰ «Arbitrage – Droit de l'arbitrage – Chronique Chronique» підготовлена Jérôme Ortscheidt та Christophe Seraglini, опублікована La Semaine Juridique Entreprise et Affaires №15-16, від 12 березня 2018, с. 1-2.

закінчення розслідування. У процесі розгляду справи арбітром, компанія *Bauche* збанкрутувала і більше не могла задовольнити вимогу арбітра щодо надання гарантії. У зв'язку з відсутністю такої гарантії, арбітр не задовольнив прохання *Bauche* про призупинення розгляду справи та виніс остаточне рішення у справі на користь компанії *Indagro*. За цим рішенням компанія *Bauche* була зобов'язана сплатити компанії *Indagro* один мільйон доларів США та пеню у якості компенсації за простоявання суден.²⁵¹

Компанія *Indagro* звернулася за визнанням та виконанням рішення арбітражного трибуналу до державного суду Франції і отримало ухвалу екзекватур.²⁵² Тим часом у справі за підозрою корупції було винесено рішення кримінального суду, за яким компанію *Indagro* було визнано винною в підкупі одного з працівників компанії *Bauche*.²⁵³ Беручи до уваги це рішення, ліквідатор компанії *Bauche* оскаржив ухвалу екзекватур у Паризькому апеляційному суді на підставі того, що виконання такого арбітражного рішення протирічить публічному порядку.²⁵⁴

Апеляційний суд, розглянувши клопотання, скасував ухвалу екзекватур.²⁵⁵ При розгляді цієї справи, суд вказав, що він не зв'язаний рішенням арбітра або вибраним сторонами правом, а навпаки, він має винести рішення щодо заявлених корупційних дій шляхом аналізу відповідних фактів та правових питань, бо лише таким чином суд зможе уникнути порушення публічного порядку через відмову у визнанні та виконанні такого арбітражного рішення.²⁵⁶ Таким чином, при розгляді клопотання *Bauche*, суд взяв до уваги новий факт, а саме те, що корупція була встановлена рішенням кримінального суду. Після відповідного аналізу фактів справи та рішення кримінального суду, апеляційний суд прийшов до висновку, що виконання даного арбітражного рішення «очевидно, фактично та конкретно» порушує публічний порядок.²⁵⁷ Ухвала екзекватур була скасована. Це рішення було підтверджене Касаційним судом.²⁵⁸

²⁵¹ «Arbitrage – Droit de l'arbitrage – Chronique Chronique» підготовлена Jérôme Ortscheidt та Christophe Seraglini, опублікована La Semaine Juridique Entreprise et Affaires №15-16, від 12 березня 2018, с. 1-2.

²⁵² «Arbitrage – Droit de l'arbitrage – Chronique Chronique» підготовлена Jérôme Ortscheidt та Christophe Seraglini, опублікована La Semaine Juridique Entreprise et Affaires №15-16, від 12 березня 2018, с. 1-2.

²⁵³ «Arbitrage – Droit de l'arbitrage – Chronique Chronique» підготовлена Jérôme Ortscheidt та Christophe Seraglini, опублікована La Semaine Juridique Entreprise et Affaires №15-16, від 12 березня 2018, с. 1-2.

²⁵⁴ Arbitrage – Droit de l'arbitrage – Chronique Chronique par Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires №15-16, 12 Avril 2018, с. 1;

²⁵⁵ Рішення по справі *Indagro* проти *Ancienne Maison Marcel Bauche*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), №15/12641 від 27 вересня 2016, с.7, доступне <http://newyorkconvention1958.org/visionneuse.php?lvl=afficheur&explnum=2996#page/1/mode/1up> станом на 26 серпня 2018 року.

²⁵⁶ Рішення по справі *Indagro* проти *Ancienne Maison Marcel Bauche*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), №15/12641 від 27 вересня 2016, с.7, доступне <http://newyorkconvention1958.org/visionneuse.php?lvl=afficheur&explnum=2996#page/1/mode/1up>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁵⁷ Рішення по справі *Indagro* проти *Ancienne Maison Marcel Bauche*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), №15/12641 від 27 вересня 2016, с. 4-5, доступне <http://newyorkconvention1958.org/visionneuse.php?lvl=afficheur&explnum=2996#page/1/mode/1up>, станом на 26 серпня 2018 року; «Arbitrage – Droit de l'arbitrage – Chronique Chronique» підготовлена Jérôme Ortscheidt та Christophe Seraglini, опублікована La Semaine Juridique Entreprise et Affaires №15-16, від 12 березня 2018, с. 1-2.

²⁵⁸ Рішення по справі *Indagro* проти *Ancienne Maison Marcel Bauche*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), №15/12641 від 27 вересня 2016, с. 7, доступне

У наступній справі – п. Віктор Білоконь проти Республіки Киргизстан, спір виник у зв'язку з заявленою позивачем незаконною експропріацією Манас банку. В арбітражному провадженні позивач заявляв, що Республіка Киргизстан навмисно довела його банківську установу до банкрутства.²⁵⁹ Головною лінією захисту відповідача було звинувачення пана Білоконя в незаконній діяльності, а саме у відмиванні грошей та в шахрайстві при здійсненні інвестицій.²⁶⁰ Розглянувши подані докази та заслухавши сторони, арбітражний трибунал прийшов до висновку, що Киргизстаном не було надано достатньо доказів для підтвердження заявленої позиції щодо протиправних дій пана Білоконя.²⁶¹ Так, наприклад, арбітражний трибунал зазначив, що відмивання грошей не було достатньо підтверджене документально та показаннями свідків, що працювали в Манас банку.²⁶² Більш того, трибуналом було підкреслено, що в самому Киргизстані не було винесено рішення, яке б засуджувало будь-які кримінальні дії пана Білоконя.²⁶³

Парижський апеляційний суд, при вирішенні питання про визнання та виконання цього арбітражного рішення, прийшов до висновку, що його виконання порушує публічний порядок. Суд обґрунтував своє рішення тим, що Франція є країною-підписантом Конвенції ООН проти корупції, яка була підписана в м. Меріда 9 грудня 2003 року, і тому зобов'язана виконувати свої відповідні міжнародні зобов'язання по протидії корупції.²⁶⁴ Суд вказав, що головним завданням судді при перегляді арбітражного рішення є перевірка, з метою встановлення того, чи не протирічить воно завданням боротьби з корупцією та відмиванням грошей відповідно вказаної конвенції. Іншим завданням судді є забезпечення того, щоб жодна зі сторін не отримала вигоду від протиправної

<http://newyorkconvention1958.org/visionneuse.php?lvl=afficheur&explnum=2996#page/1/mode/1up>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁵⁹ Рішення по справі за клопотанням №16-25657, Indagro проти Ancienne Maison Marcel Bauche, Касаційний суд (Перша цивільна палата) від 13 вересня 2017, доступне <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035572584&fastReqId=336764552&fastPos=1> та <http://newyorkconvention1958.org/visionneuse.php?lvl=afficheur&explnum=2996#page/1/mode/1up> станом на 26 серпня 2018 року;

²⁶⁰ Арбітражне рішення за правилами ЮНСИТРАЛ у справі п. Білоконь проти Республіки Киргизстан від 34 жовтня 2004, С. 1-12, 188-216, доступне https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶¹ Арбітражне рішення за правилами ЮНСИТРАЛ у справі п. Білоконь проти Республіки Киргизстан від 34 жовтня 2004, С. 54-59, 135-179, доступне https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶² Арбітражне рішення за правилами ЮНСИТРАЛ у справі п. Білоконь проти Республіки Киргизстан від 34 жовтня 2004, С. 54-59, 135-179, доступне https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶³ Арбітражне рішення за правилами ЮНСИТРАЛ у справі п. Білоконь проти Республіки Киргизстан від 34 жовтня 2004, С. 54-59, 135-179, доступне https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶⁴ Арбітражне рішення за правилами ЮНСИТРАЛ у справі п. Білоконь проти Республіки Киргизстан від 34 жовтня 2004, С. 54-59, 135-179, доступне https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf, станом на 26 серпня 2018 року.

діяльності,²⁶⁵ включаючи власні корупційні дії. Саме тому суд вказав, що він не пов'язаний ні з поданими доказами, ні визначеннями, ні оцінкою та кваліфікаціями арбітражного трибуналу.²⁶⁶ Застосувавши максимальний підхід до перегляду справи, суд заново проаналізував надані сторонами в арбітражному процесі матеріали. Проте суд відхилив ново подані Киргизстаном документи. У процесі незалежного аналізу суд прийшов до висновку, що:

- між паном Білоконем та сином Президента Киргизстану, який мав значний вплив на уряд, економіку та підприємства країни завдяки своїй посаді голови Центрального агентства розвитку, інвестицій і інновацій, існували тісні відносини;²⁶⁷

- сама інвестиція, а саме придбання банку, була здійснена за підозрілих обставин;²⁶⁸

- аудит діяльності банку Манас здійснювався компанією, директором якої була вповноважена особа Президента Киргизстану.²⁶⁹ Контроль над діяльністю банку був поверховим, тому більшість операцій мають бути піддані глибшому аналізу.

Суд постановив, що беручи до уваги обставини в яких проводилися банківські операції, поверховий контроль над Манас банком та швидкий розвиток господарської діяльності банку, що не міг бути так швидко отриманий шляхом звичайних банківських операцій, існують «серйозні, точні та такі, що збігаються» (*«grave, précise et concordant»*) підстави²⁷⁰ вважати, що пан Білоконь здійснював протиправні операції. Суд зазначив, що існують причини вважа-

²⁶⁵ Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 8, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶⁶ Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 9, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶⁷ Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 11-12, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶⁸ Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 12-13, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁶⁹ Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 13-14, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁷⁰ Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 15, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року; «Corruption as a Bar to Award Enforcement in France», підготована Anne-Marie Lacoste, видавництво Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2018, том 36 випуск 1) с. 31 – 52; «Un jour noir pour le blanchiment : l'arrêt République du Kirghizistan (Cour d'appel de Paris) du 21 février 2017», підготована Louis Christophe Delanoy, опублікована в ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2017, Volume 35 Issue 3) с. 551 – 566; «Arbitrage international. – Sentence. – Recours contre la sentence. – « Security for claim ». – Conformité de la sentence à l'ordre public. – Corruption. – Blanchiment. – Preuve. – Méthode des indices (red flags). – Objet du contrôle. – Intensité du contrôle. – Lois de police. – Transparence dans la passation de marchés publics. – Interdiction pour un État d'invoquer la violation de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels», коментар Emmanuel Gaillard, опублікована в Journal du droit international (Clunet) № 4, 20 жовтня 2017, с. 10.

ти, що ця інвестиція була здійснена з метою скористатися умовами, що були більш сприятливі в Киргизстані, ніж в будь-якій іншій країні завдяки тісним відносинам пана Білоконя та сина Президента.²⁷¹ Отже, суд постановив, що визнання та виконання такого рішення призведе до того, що пан Білоконь отримає користь від своїх протиправних діянь, а також, що таке визнання і виконання є «очевидним, фактичним та конкретним» порушенням публічного порядку.²⁷²

У третій і останній справі, *MK Group* проти *Onix*, Паризький апеляційний суд, застосувавши максимальний підхід, також скасував арбітражне рішення, бо воно суперечило публічному порядку.²⁷³

У даній справі спір виник з приводу купівлі акцій компанією *Onix* у лаоській компанії *Lao Geo Consultant*. Ця дочірня компанія ще в 2003 році підписала контракт про розвідку та розробку золотодобувної шахти з лаоським урядом.²⁷⁴ З метою укладення та затвердження купівлі-продажу та передачі акцій, сторони уклали договір купівлі-продажу акцій, Меморандум про порозуміння, який був затверджений лаоським урядом, та інші необхідні для передачі акцій документи. Затвердження лаоського уряду такого меморандума було необхідним з точки зору лаоського законодавства про природні ресурси.²⁷⁵

У позовній заяві до Міжнародної арбітражної палати компанія *MK Group* вказала, що *Onix* не виконала свої зобов'язання щодо інвестування в дочірню компанію, які були передбачені Меморандумом про порозуміння як відкладальна умова для передачі акцій. Тому *MK Group* вимагала визнання недійсною такої передачі акцій компанії *Onix*. Рішення трибуналу було винесене на користь компанії *Onix*. Своє рішення арбітражний трибунал базував

²⁷¹ Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 15, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року; «Arbitrage international. – Sentence. – Recours contre la sentence. – « Security for claim ». – Conformité de la sentence à l'ordre public. – Corruption. – Blanchiment. – Preuve. – Méthode des indices (red flags). – Objet du contrôle. – Intensité du contrôle. – Lois de police. – Transparence dans la passation de marchés publics. – Interdiction pour un État d'invoquer la violation de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels», коментар Emmanuel Gaillard, опублікована в Journal du droit international (Clunet) № 4, 20 жовтня 2017, с. 10.

²⁷² Рішення по справі Республіка Киргизстан проти п. В. Білоконь, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/01650 від 21 лютого 2016, с. 15, доступне <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8476.PDF>, станом на 26 серпня 2018 року; «Arbitrage international. – Sentence. – Recours contre la sentence. – « Security for claim ». – Conformité de la sentence à l'ordre public. – Corruption. – Blanchiment. – Preuve. – Méthode des indices (red flags). – Objet du contrôle. – Intensité du contrôle. – Lois de police. – Transparence dans la passation de marchés publics. – Interdiction pour un État d'invoquer la violation de sa propre législation pour se délier de ses engagements contractuels», коментар Emmanuel Gaillard, опублікована в Journal du droit international (Clunet) № 4, 20 жовтня 2017, с. 10.

²⁷³ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/21703 від 16 січня 2018, с. 8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁷⁴ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/21703 від 16 січня 2018, с. 3-5, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁷⁵ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No. 15/21703 від 16 січня 2018, с. 3-5, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року; «Paris Court of Appeal considers setting aside ICC award on public policy grounds.» підготована Armand Terrien, опублікована Practical Law UK 24 січня 2018, с. 2.

на договорі купівлі-продажу акцій, не приділивши значної уваги Меморандуму про порозуміння.²⁷⁶ *MK Group* звернулася в Паризький апеляційний суд з клопотанням скасувати це рішення. У своєму клопотанні *MK Group* висунула наступні аргументи:

рішення арбітражного трибуналу було винесене на основі піддроблених документів, а саме Меморандуму про порозуміння. Англійська версія цього меморандуму не передбачала ніяких інвестиційних зобов'язань, а лаоська версія того ж меморандуму передбачала інвестиційні зобов'язання на суму 12,5 мільйонів доларів США. Більш того, ця умова в лаоській версії була відкладальною умовою по передачі акцій.²⁷⁷ Факт підробки був встановлений лаоським судом.²⁷⁸ Обидві версії меморандуму були підготовлені менеджером компанії *Onix*.²⁷⁹

рішення лаоського уряду, щодо затвердження іноземних інвестицій стосовно експлуатації природних ресурсів, було прийнято на основі версії протоколу лаоською мовою, що передбачала інвестиційні зобов'язання на суму 12,5 мільйонів доларів США, як відкладальну умову. Інвестиції були обов'язковою умовою подальшого затвердження передачі акцій у дочірній компанії згідно з лаоським законодавством.²⁸⁰

Паризький апеляційний суд у своєму рішенні нагадав, що при перегляді такої справи він уповноважений проаналізувати фактичні та правові аспекти всіх елементів, що мають відношення до заявлених порушень.²⁸¹ Проаналізувавши арбітражне рішення, документи, надані при арбітражному розгляді та рішення лаоських судів щодо достовірності документів, винесені після закінчення арбітражного розгляду, суд прийшов до висновку, що визнання та виконання рішення цього арбітражного трибуналу протирічить публічному порядку.²⁸² Суд обґрунтував своє рішення тим, що згідно з Резолюцією Генеральної асамблеї

²⁷⁶ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 6, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁷⁷ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 4, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁷⁸ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 4, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁷⁹ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 4, 8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸⁰ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 3-4, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸¹ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 4, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸² Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

ООН від 14 грудня 1962, країни, зокрема Франція, визнали, що кожна країна має право вимагати отримання спеціального дозволу від фізичних та юридичних осіб, що мають намір користуватися її природними ресурсами. Саме тому вимоги країн щодо таких дозволів мають розглядатися як частина міжнародного публічного порядку.²⁸³ Паризький апеляційний суд зазначив, що обидві версії були дійсними версіями меморандуму. Якщо англійська версія меморандуму відповідала домовленості сторін, то лаоська версія була підготована спеціально для подачі в державні органи для затвердження передачі акцій.²⁸⁴ Менеджер лаоської дочірньої компанії, який також був менеджером компанії *Onix*, надав лаоську версію Меморандуму про порозуміння, що відрізнялась від англійської, щоб переконати державні органи в тому, що інвестиції будуть внесені і в тому, що вони будуть внесені до того як Меморандум про порозуміння вступить у силу, а акції будуть передані.²⁸⁵ Цей адміністративний дозвіл був наданий для експлуатації природних ресурсів на території Лаосу. Таким чином, суд постановив, що арбітражне рішення надає компанії *Onix* юридично захищений статус стосовно адміністративного дозволу щодо передачі акцій в лаоській компанії, який був отриманий шляхом шахрайства.²⁸⁶ Отже, Паризький апеляційний суд прийшов до висновку, що таке рішення арбітражного трибуналу порушує міжнародний публічний порядок і таке порушення є «очевидним, фактичним та конкретним».²⁸⁷ Цікавим у цій справі²⁸⁸ є те, що питання отримання адміністративного дозволу не піднімалося в арбітражному розгляді.

Якщо рішення Паризького апеляційного суду у справі *MK Group* проти *Onix* є одним з перших рішень такого роду у Франції, то процесуальне законодавство Італії та Німеччини прямо надає право державному судді *ex officio* підняти питання відповідності рішення арбітражного трибуналу публічному порядку, навіть якщо сторони не піднімають це питання.²⁸⁹

²⁸³ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 5, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸⁴ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 7-8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸⁵ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸⁶ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸⁷ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸⁸ Рішення по справі *MK Group* проти *Onix*, Паризького апеляційного суду (Перша палата, Перше відділення), No.15/21703 від 16 січня 2018, с. 8, доступне <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/CAParis16janv20181521703.pdf>, станом на 26 серпня 2018 року.

²⁸⁹ Звіт «Публічний порядок та Італійське законодавство по міжнародному арбітражу» підготовлений Massimo Benedettelli та Michele Sabatini від 24 квітня 2015, С. 7 та Звіт «Німеччина 1» підготований Maxi Scherer, компанія Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP від 20 жовтня 2014 року, с. 1 підготовані для IBA Підкомітету відповідального за визнання та виконання рішень арбітражних трибуналів, доступні,

Аналіз судової практики судів Франції показав значні зміни, які відбулися у підході судів до скасування рішень чи скасування ухвали екзекватур. Виникає питання щодо наслідків та впливу такої зміни. На сьогодні не існує єдиної думки щодо таких наслідків. Деякі адвокати вважають, що такі зміни в судовій практиці негативно вплинуть на репутацію Парижа, як місця арбітражного врегулювання, а також, що така судова практика загрожує принципу остаточності арбітражних рішень. При цьому інші арбітражні практики вважають, що такі зміни навпаки надихнуть арбітрів більш уважно підходити до розгляду справ у яких є серйозна підозра існування корупційних дій, відмивання грошей чи шахрайства. Дійсно, вищенаведений аналіз показує, що зараз французькі суди при розгляді можливості визнання та виконання арбітражних рішень спираються не тільки на факти підтвердженні судовими рішення та доказами, але і беруть до уваги «серйозні, точні та такі, що збігаються» підстави вважати, що деякі порушення мали місце. Ця зміна є важливою для розгляду справ, де є підозра в корупції, відмивання грошей та шахрайстві – порушеннях, які майже неможливо підтвердити документами чи свідченнями очевидців. Проте, точний вплив такої зміни в підході до контролю арбітражних рішень на відповідність публічному порядку покаже лише час.

https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrd/publicpolicy15.aspx, станом на 26 серпня 2018 року.

МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ В УКРАЇНІ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ

Винокурова Л. Ф. (Україна)

кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права Київського національного університету ім. Т. Шевченко, заступник голови МКАС при ТПП України

В Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» особливу увагу приділено судовій реформі як одного з головних векторів на шляху успішного розвитку нашої країни. Указом Президента України від 20 травня 2015 року №276/2015 схвалено Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки. Серед напрямків підвищення ефективності правосуддя та оптимізації повноважень судів різних юрисдикцій зазначено розширення способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів, зокрема, шляхом практичного впровадження інституту медіації і посередництва, розширення переліку категорії спорів, які можуть вирішуватися третейськими суддями. (п. 5.4 Стратегії).

Дослідження проблем розвитку таких найбільш відомих способів альтернативного вирішення спорів як третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж, примірювальні процедури, включаючи медіацію, повинно відбуватися по таких значущих напрямках, як наука, законодавство і судова практика його застосування, практичні аспекти, доктрини, освіта тощо.

Безумовно, що однією з найбільш важливих гарантій цивільних прав є їх захист судом як органом, незалежним від представницької та виконавчої влади. Цивільним процесуальним кодексом України на державні суди покладено виконання функцій сприяння арбітражу, в тому числі в отриманні доказів, забезпеченні позову, здійсненні функцій контролю щодо арбітражу, надання дозволу на виконання арбітражних рішень.

Втім проблема визначення інших форм захисту цивільних прав (прав суб'єктів господарювання і споживачів) залишається однією з актуальних теоретичних питань в галузі цивільного і господарського матеріального і процесуального права, яка має не лише теоретичне, а й важливе практичне значення. Попри багаточисленні дослідження в юридичній літературі не сформувався єдиний підхід до визначення поняття форми захисту права, його змісту, класифікації форм захисту тощо²⁹⁰.¹ Водночас ця дискусія є важливою і для визначення місця третейських судів в системі форм захисту прав суб'єктів господарювання і як кінцева мета третейського розгляду – для забезпечення виконання рішення третейського суду. При цьому науковці цілком справедливо називають

²⁹⁰ Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія / О. О. Кот. – К.: Алерта, 2017. – С. 239

третейський суд (арбітраж) суб'єктом захисної діяльності, який вирішує юридичний спір по суті.

Водночас принципову відмінність діяльності державних судів від інших юрисдикційних органів підтверджують посиланням на ст. 124 Конституції України, згідно з якою правосуддя в Україні здійснюють виключно суди, і делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається.

Враховуючи ці положення Конституції України, а також ч. 3 ст. 1 ГПК (в редакції до 15 грудня 2017 року), яка встановлювала недійсність угоди про відмову від права на звернення до господарського суду (аналогічна норма міститься і новій редакції кодексу – в ч. 4 ст. 4) протягом тривалого часу господарські суди приймали до розгляду і розглядали по суті позови про визнання арбітражних угод недійсними (навіть після розгляду справи третейським судом і винесення рішення), про розірвання арбітражних угод, їх тлумачення, і інколи такі позови задовольнялися. Така по суті порочна практика склалася всупереч рішенням Конституційного суду України від 10.01.2008 р. у справі №1-3/2008 (справа про завдання третейського суду), який висловився щодо правової природи третейського суду, його місця в системі органів правосуддя і співвідношення арбітражної угоди із правом на судовий захист. Тому, незважаючи на прийняття нового процесуального законодавства, це рішення, на наш погляд, не втратило своєї значимості і актуальності.

Участь України в міжнародних договорах, які визнають міжнародний комерційний арбітраж як ефективний спосіб вирішення спорів, має своїми наслідками теоретичну неможливість визнання арбітражних угод недійсними як угод про відмову від судового захисту, оскільки в такому випадку Україна буде вважатися такою, що порушує взяті на себе міжнародні зобов'язання визнавати законними арбітражні угоди і рішення, винесені на їх підставі.

Таким чином, відповідно з діючим законодавством України захист цивільних прав здійснюється державними та третейськими судами. Незважаючи на те, що третейські суди не здійснюють правосуддя, з переходом до ринкової економіки вони отримали широке розповсюдження для вирішення спорів, учасниками яких є іноземні юридичні особи та юридичні особи, ускладнені іноземним елементом.

Легітимність третейського суду ґрунтується на визнанні його державою в якості правового інституту з усіма юридичними наслідками, які випливають з цього. Для розвитку такої форми судочинства як третейська в діяльності третейського суду великого значення має політика держави, починаючи від встановлення меж допустимості третейського розгляду і закінчуючи ступенем втручання державної влади в сам арбітражний процес шляхом встановлення судового контролю за результатами діяльності третейського суду.²⁹¹

²⁹¹ **Комаров А.С.** Некоторые заметки в связи с реформой российского законодательства о третейском суде / А.Комаров // Третейский суд. – 2015. – №4 (100) 2015. – С.16, 20.

Тому актуальною залишається необхідність системних комплексних досліджень правового регулювання розгляду спорів, який здійснюють в Україні третейські суди. Потребують аналізу сучасний стан та перспективи реформування законодавства про третейські суди, аналіз найбільш принципових змін в діючому законодавстві, прийняття яких здійснює серйозний вплив на практику третейського розгляду господарських спорів в Україні. Слід враховувати також найбільш важливі тенденції розвитку альтернативного вирішення спорів як в Україні, так і в зарубіжних країнах на сучасному етапі.

На сьогодні можна констатувати, що проведена в Україні реформа процесуального законодавства може слугувати прикладом реалізації політики, спрямованої на підвищення привабливості України як місця арбітражу.

В умовах реформування судової системи питання про належне нормативне забезпечення таких альтернативних способів вирішення спорів, як міжнародний комерційний арбітраж і третейські суди актуалізувалося.

На виконання Стратегії судової реформи було розроблено і прийнято Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інші законодавчі акти», який набрав чинності з 15 грудня 2017 року.

Як зазначалося в пояснювальній записці до проекту цього закону, одним з пріоритетних завдань майбутньої судової реформи є сприяння альтернативному вирішенню спорів в третейських судах і міжнародному комерційному арбітражі.

Серйозні зміни в галузі цивільного і господарського процесуального законодавства, які відбулися в Україні у зв'язку із проведенням судової реформи у 2017 році, і які потягли за собою зміни і в галузі регулювання міжнародного комерційного арбітражу та внутрішніх третейських судів, зачіпають багато аспектів третейського судочинства. Нові процесуальні кодекси запровадили цілу низку змін на підтримку міжнародного комерційного арбітражу. Саме тому в юридичній спільноті спостерігаються очікування, що ці зміни мають сприяти покращенню «проарбітражного» та інвестиційного клімату в Україні. Окрім того, актуальність новел процесуального законодавства стосовно арбітражу і третейських судів вбачається також в виявленні нових можливостей, які з'являються у національній арбітражній юрисдикції у зв'язку із судовою реформою.

В ході реформи зберігся принцип дуалізму, тобто роздільного регулювання міжнародного комерційного арбітражу і внутрішніх (так званих національних) третейських судів. Так, в Україні діє Закон «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р. №4002 – XII з двома важливими додатками до нього (*Додаток №1 – Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України, Додаток №2 – Положення про морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України*), яким визначено правові засади діяльності міжнародного комерційного арбітражу,

а також Закон «Про третейські суди» від 11 травня 2004 р. №1701 – IV, який регулює порядок утворення і діяльності так званих внутрішніх (національних) третейських судів.

Незважаючи на те, що дискусія стосовного того, чи назрів і чи потрібен крок до наближення змісту цих двох законів, в Україні триває, на сьогодні дуалізм правового регулювання третейського розгляду в Україні збережений, тому актуальною залишається проблема визначення сфери дії Господарського процесуального та Цивільного процесуального кодексів України щодо міжнародного комерційного арбітражу і внутрішніх третейських судів, врахування особливостей правового регулювання діяльності внутрішніх третейських судів і міжнародного комерційного арбітражу, порівняльний аналіз відповідних норм законодавства з метою обґрунтування напрямків удосконалення законодавства і цієї сфері.

З урахуванням особливостей третейського судочинства внутрішніх третейських судів і міжнародних комерційних арбітражів, комплекс норм ГПК, які стосуються третейського судочинства, можна поділити умовно на дві частини: загальні норми, які мають відношення як до внутрішніх третейських судів, так і до міжнародного комерційного арбітражу, та норми, які стосуються лише внутрішніх третейських судів.

В першу групу входять норми, які:

- визнають допустимим третейський розгляд (ч. 1 ст. 22);
- зазначають право сторін на укладання третейських та арбітражних угод (ч. 5 ст. 4);
- встановлюють невичерпний перелік спорів, які забороняється передавати сторонам на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу (ч. 1 ст. 22);
- встановлюють обов'язок господарського суду відмовити у відкритті провадження у справі, якщо є рішення третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу, прийняте в межах його компетенції в Україні щодо спору між тими ж самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого документа на примусове виконання такого рішення (п. 4) ч. 1 ст. 175 кодексу), якщо є рішення міжнародного комерційного арбітражу, визнане в Україні в установленому законом порядку, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав (п. 5) ч. 1 ст. 175 кодексу) (із застереженнями, передбаченими в частині другій статті 175 кодексу);
- встановлюють обов'язок господарського суду залишити позов без розгляду, якщо сторони уклали угоду про передачу даного спору на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу за умови, що від відповідача не пізніше початку розгляду справи по суті надійшли заперечення проти вирішення спору в господарському суді, якщо тільки суд не визнає, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана (пункт 7) частини першої статті 226);

– водночас встановлюють обов’язок господарського суду закрити провадження по справі, якщо після відкриття провадження у справі між сторонами укладено угоду про передачу спору на вирішення міжнародного комерційного арбітражу або третейського суду, якщо тільки суд не визнає, що така угода є недійсною, втратила чинність, або не може бути виконана (пункт 5) частини першої статті 231);

– передбачають презумпцію дійсності третейської та арбітражної угоди (частина третя статті 22 ГПК), що є новелою в господарському процесуальному праві;

– встановлюють окреме застереження щодо можливості оскарження (оспорушення) рішення третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу в порядку, передбаченому законом (частина четверта статті 22).

До спеціальних норм слід віднести положення кодексу, які визначають, які справи відносяться до юрисдикції господарських судів, зокрема, що господарськими судами розглядаються справи у спорах щодо оскарження рішень третейських судів та про видачу наказу на примусове виконання рішень третейських судів, утворених відповідно до Закону України «Про третейські суди», якщо такі рішення ухвалені у спорах, зазначених у цій статті, (п. 11) ч. 1 ст. 20); які регулюють провадження у справах про оскарження рішень третейських судів (ст.ст. 346-351) та про видачу наказів на примусове виконання рішень третейських судів (ст.ст. 352-356). Обов’язково слід враховувати, що провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та про видачу наказів на примусове виконання рішень третейських судів, врегульоване в розділі VII ГПК, стосується лише тих внутрішніх третейських судів, до компетенції яких віднесено розгляд господарських справ, щодо яких законодавцем передбачена можливість укладати третейські угоди про передачу спорів на розгляд третейського суду, і які створюються в порядку, передбаченому Законом України «Про третейські суди», компетенція яких передбачається в Регламентах цих третейських судів.

Під час дії ГПК в старій редакції в судовій практиці неодноразово виникало питання стосовно підвідомчості справ щодо оскарження та виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу господарським судам. Намагання суб’єктів господарювання звертатися з відповідними заявами саме до господарського суду обґрунтовувалися тим, що вирішення зовнішньоекономічних спорів, які розглядалися і міжнародним комерційним арбітражем, віднесено до підвідомчості спеціалізованих господарських судів.

Сфера застосування ГПК визначена в статті першій «Призначення Господарського процесуального кодексу України», в якій передбачено, що Господарський процесуальний кодекс України визначає юрисдикцію та повноваження господарських судів, встановлює порядок здійснення судочинства у господарських судах.

Важливого значення для третейського розгляду має ст. 4, яка за назвою встановлює право на звернення до господарського суду, втім за змістом в

новій редакції значно ширше, оскільки охоплює також норми щодо права сторін на укладання угоди про передачу спору на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу). В ч. 1 ст. 4 «Право на звернення до господарського суду» передбачено, що право на звернення до господарського суду в установленому цим Кодексом порядку гарантується, із застереженням, що ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи у господарському суді, до юрисдикції якого вона віднесена законом. В ч. 4, як і раніше, передбачена недійсність відмови від права на звернення до господарського суду. В ч. 5 встановлено загальне правило щодо допустимості угоди сторін про передачу спору на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу). Окрім того зазначено, що до міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що відповідає вимогам, визначеним законодавством України про міжнародний комерційний арбітраж (тобто спеціальним законодавством – Л.В.), крім випадків, визначених законом. До третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, який виникає з цивільних чи господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом.

Норми ЦПК також можна умовно поділити на норми, які стосуються лише внутрішніх третейських судів, які компетентні розглядати цивільні спори, загальні норми, які стосуються і внутрішніх третейських судів, і міжнародного комерційного арбітражу, та норми, які мають відношення лише до міжнародного комерційного арбітражу.

Цивільний процесуальний кодекс України відповідно до ст. 1 визначає юрисдикцію та повноваження загальних судів щодо цивільних спорів та інших визначених цим кодексом справ, встановлює порядок здійснення цивільного судочинства. При цьому слід враховувати, що Цивільний процесуальний кодекс України в новій редакції також містить по суті аналогічні норми щодо права на звернення до суду за захистом своїх прав (ч. 1 ст. 4); застереження, що відмова від права на звернення до суду за захистом є недійсною (ч. 3 ст. 4); застереження про допустимість укладання угоди сторін про передачу спору на розгляд третейського суду, право сторін передати на розгляд третейського суду за угодою сторін будь-який спір, що виникає з цивільних правовідносин, крім випадків, передбачених законом (ч. 4 ст. 4, ч. 1 ст. 21).

За ЦПК відбувається оскарження рішень третейських судів, прийнятих щодо цивільних спорів та оспорування рішень міжнародних комерційних арбітражів (розділ VIII), а також визнання та надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу в Україні, і надання дозволу на примусове виконання рішень третейських судів, прийнятих щодо цивільних спорів (розділ IX).

Таким чином, новим процесуальним законодавством України, незважаючи на тривалу дискусію з цього питання, збережений підхід, (який склався історично), згідно з яким саме до компетенції загальних судів віднесено розгляд заяв про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражного суду,

якщо місце арбітражу знаходиться на території України (ч. 2 ст. 454 ЦПК). Тому рішення міжнародного комерційного арбітражу може бути оспорено в порядку, передбаченому розділом VIII кодексу з урахуванням особливостей, передбачених Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж», і особливостей, зазначених в кодексі для оспорування арбітражних рішень. Одними з найбільш значущих особливостей є окремі підстави для скасування рішень внутрішнього третейського суду, зазначені в ст. 458 ЦПК, і окремий перелік підстав для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу, встановлений в ст. 459 ЦПК.

Окремими главами в Цивільному процесуальному кодексі врегульовано визнання та надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу (глава 3 ЦПК) та провадження у справах про надання дозволу на примусове виконання рішень третейських судів (глава 4 ЦПК).

Важлива новела закладена в ч. 3 ст. 22 ГПК, згідно з якою 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 тлумачитися судом на користь її дійсності, чинності та виконуваності. Аналогічна за змістом норма передбачена і в ч. 2 ст. 21 Цивільного процесуального кодексу. Тобто обидва кодекси покладають на державні суди обов'язок «проарбітражного»/ «протретейського» тлумачення «дефектної» арбітражної/ третейської угоди.

Як зазначено в пояснювальній записці до законопроекту №6232, з метою практичної імплементації положень Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж у правилах цивільного та господарського процесів запроваджується низка інструментів підтримки міжнародного комерційного арбітражу та третейського суду. До нових механізмів підтримки судом міжнародного комерційного арбітражу та третейського суду слід віднести забезпечення судом позовів та доказів у арбітражному та третейському процесі, визначення обмеження і чітких меж втручання судів у розгляд справ, які можуть вирішуватися міжнародним комерційним арбітражем або третейським судом.

Врегульовано та визначено особливості оскарження постанов міжнародного комерційного арбітражу щодо наявності у нього компетенції, винесених в порядку розгляду питань попереднього характеру (ст. 461 ЦПК).

Втім найбільш важливі зміни стосуються вдосконалення процесуальних механізмів в частині оспорування та виконання арбітражних рішень і відповідно рішень внутрішніх третейських судів.

Одним з найважливіших питань міжнародного комерційного арбітражу є арбітрабельність спорів, тому як теоретичним питанням «арбітрабельності», так і правилам визначення арбітрабельності в різних країнах в доктрині міжнародного комерційного арбітражу приділяється серйозна увага. В законодавстві визначення поняття арбітрабельності відсутнє, в літературі кількість теорій щодо визначення арбітрабельності постійно збільшується. Наприклад, є пропозиція розглядати арбітрабельність як багатогранну і

багатоцільову концепцію, динаміку якої, незважаючи на її національне походження, пропонують визначати міжнародним правом. Але, незважаючи на різні підходи до визначення арбітрабельності, в юридичній літературі в будь якому разі прогнозують подальше розширення кола справ, які в майбутньому будуть розглядатися в міжнародному комерційному арбітражі, в тому числі в публічно-значущих сферах²⁹².

В узагальненому вигляді арбітрабельність спорів розглядається як здатність спору бути предметом арбітражного розгляду, а арбітрабельними вважаються спори, допустимі національним законодавцем для розгляду міжнародним комерційним арбітражем, оскільки на сьогодні визначення кола арбітрабельних спорів віднесено до прерогативи національного законодавства.

Господарський процесуальний кодекс України в новій редакції встановив нові правила визначення арбітрабельності спорів. Визначивши в параграфі 1 предметну та суб'єктну юрисдикцію господарських судів, в ст. 20 ГПК законодавець зазначив справи, що відносяться до юрисдикції господарських судів. Окрема стаття 22 в новій редакції ГПК присвячена праву сторін передавати спори на розгляд третейського суду і міжнародного комерційного арбітражу. Безпосередня вказівка в статті на категорії спорів, які розглядаються в міжнародному комерційному арбітражі наряду зі спорами, віднесеними до компетенції третейських судів, дала підставу окремим науковцям дійти висновку про те, що нові правила ГПК повинні застосовуватися як до третейських судів, створених відповідно до Закону України «Про третейські суди», так і до міжнародного комерційного арбітражу, і що такий підхід до структурування даної норми поставить крапку в дискусії про те, чи охоплює в контексті арбітрабельності поняття третейського суду також і міжнародний комерційний арбітраж. Але, на нашу думку, підстав для такого тлумачення цієї статті, недостатньо, про що свідчить буквально тлумачення частини другої цієї ж статті. В ч. 1 ст. 22 кодексу передбачено загальне право сторін передати на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу спір, який відноситься до юрисдикції господарського суду, а також перелік спорів, які не можуть бути передані на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу. Цей перелік є невичерпним, оскільки п.3) ч. 1 ст. 22 ГПК передбачена можливість доповнення такого переліку іншими законами.

При цьому слід зазначити, що, незважаючи на те, що ст. 22 стосується визначення права сторін на передачу спорів як на розгляд третейського суду, так і на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, буквально тлумачення ч. 2 цієї ст. 22 дозволяє дійти висновку, що спори, передбачені п. 3) ч. 1 ст. 20 кодексу, (йдеться мова про певну частину так званих корпоративних спорів, за умови, що йдеться мова про спори, що виникають з договору), можуть бути передані лише на вирішення міжнародного комерційного арбітражу.

²⁹² Курочкин С.А. Современная доктрина международного коммерческого арбитража : тенденции развития /С. Курочкин // Третейский суд. – 2015.- №4 (100) 2015. – С.103.

Аналогічний висновок можна зробити щодо цивільно-правових аспектів спорів, зазначених у п.п. 2, 7 ч. 1, п. 6 ч. 2 ст. 20 цього кодексу, спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі. Тобто з буквального тлумачення ч. 2 ст. 22 ГПК також напрошується висновок, що законодавець не допускає можливості передачі цих спорів на розгляд третейського суду.

На наш погляд, підстав для розширеного тлумачення відповідних положень ГПК не вбачається і з огляду і на те, що за останні роки перелік справ, що виникають з цивільних та господарських правовідносин, які законодавець не дозволяв розглядати третейським судам (ці спори перераховані у ст. 6 Закону України «Про третейські суди»), лише збільшувався. Такий підхід законодавця був реакцією на зловживання, які допускалися окремим третейським судами, що було предметом обговорення і суворої критики з боку юридичної спільноти, про що буде зазначено далі. Вважаємо, що підстав для настільки суттєвого розширення компетенції внутрішніх третейських судів не вбачається, і такі пропозиції під час обговорення законопроекту №6232 по суті в юридичній літературі не обговорювалися.

Що ж стосується неарбітрабельності корпоративних спорів за ГПК в редакції до 15 грудня 2017 р., то слід враховувати, що можливість передавати до міжнародного комерційного арбітражу спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України була передбачена в ч. 2 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Тому в юридичній літературі виникало питання щодо співвідношення положень спеціального закону і ч. 2 ст. 12 ГПК (старої редакції). Така невизначеність у законодавстві викликала і суперечливу судову практику.

В будь-якому разі, оскільки Законом України №2147 –VIII не внесені зміни до Закону України «Про третейські суди», ст. 6 Закону «Про третейські суди» повинна бути приведена у відповідність із ст. 22 ГПК України.

Потребує тлумачення і термін «цивільно-правові аспекти» спорів, зазначених у п.п. 2, 7 ч. 1, п. 6 ч. 2 ст. 20 цього кодексу, спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі, які вперше впроваджені в Господарському процесуальному кодексі.

Йдеться мова про цивільно-правові аспекти: 1) спорів про приватизацію, (крім спорів про приватизацію державного житлового фонду); 2) спорів, що виникають з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захистом від недобросовісної конкуренції, в тому числі спорів, пов'язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України, а також справ за заявами органів Антимонопольного комітету з питань, віднесених законом до їх компетенції, крім спорів, які віднесені до юрисдикції Вищого суду з питань інтелектуальної власності; 3) спорів, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної

конкуренції, щодо: неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці; оскарження рішень Антимонопольного комітету України з визначених цим пунктом питань; 4) спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про публічні закупівлі.

Що стосується арбітрабельності спорів щодо приватизації майна, то слід враховувати також положення Закону України від 18.01.2018 №2269-VIII «Про приватизацію державного і комунального майна», в якому в ч. 12 ст. 26 зазначене право за згодою сторін у договорі купівлі-продажу об'єкта приватизації передбачити можливість вирішення спорів, що виникають між продавцем та покупцем у зв'язку із договором купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі, у міжнародному комерційному арбітражному суді. При цьому, не дивлячись на те, що цей закон був прийнятий після набрання чинності нової редакції ГПК, в статті відсутнє застереження про можливість передачі на вирішення міжнародного комерційного арбітражу саме цивільно – правових аспектів спорів щодо приватизації майна. Втім тлумачення ч. 1 ст. 30 цього Закону дозволяє дійти висновку, що на вирішення міжнародному комерційному арбітражу відповідно до ч. 12 ст. 26 цього Закону за погодженням сторін можуть бути передані саме цивільно-правові аспекти спорів щодо приватизації майна, оскільки спори щодо приватизації державного або комунального майна, які виникають із публічно-правових відносин, віднесені до компетенції адміністративних судів. Окрім того, окремого обговорення арбітражним співтовариством заслуговує запропонований в цьому законі механізм визначення конкретного міжнародного комерційного арбітражного суду, в якому такий спір підлягатиме розгляду.

Запроваджений ГПК термін «цивільно-правові аспекти» потребує дослідження і тлумачення перш за все у зв'язку із необхідністю дати доктринальне визначення цього поняття, яке в законодавстві відсутнє. Окрім того, як по суті основний критерій визнання арбітрабельними окремих категорій спорів, він повинен відповідати загальним вимогам критерію арбітрабельності: мати універсальний характер, водночас повинен дозволити визначити з достатньою точністю, чи є спір арбітрабельним, щоб забезпечити єдність судової практики і виключити можливість маніпуляцій з боку сторін і держави, і повинен забезпечити виконуваність рішення міжнародного комерційного арбітражу²⁹³. Незважаючи на те, що науковцями продовжується пошук загальних критеріїв арбітрабельності спорів, слід зазначити, що одним з таких критеріїв пропонується приватноправовий критерій, а саме характер відносин сторін (навіть якщо однією з них виступає держава), а також характер самого спору, який за своєю суттю повинен бути цивільним, приватноправовим; якщо спори мають змішаний характер правового регулювання, тобто регулю-

²⁹³ Минина А.И. Понятие и виды арбитрабельности в теории и практике международного коммерческого арбитража: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Минина Анна Игоревна. – Москва, 2013. – С. 135.

ються одночасно і приватним і публічним правом, то арбітрабельним є лише приватноправовий сегмент, за умови, що його можна виокремити від публічно-правового²⁹⁴. При дослідженні цього питання можна скористатися визначенням приватноправових відносин, яке дається в законі України «Про міжнародне приватне право». Так, в п. 1) ч. 1 ст. 1 Закону зазначено, що приватноправові відносини – відносини, які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи.

В будь-якому разі при визначенні кола спорів, підвідомчих третейському судам, береться до уваги ступень свободи розпорядження матеріальними і процесуальними правами, що допускається законом, – диспозитивність²⁹⁵.

З посиланням на те, що ч. 1 ст. 22 кодексу закріплено загальне правило, що спір, який відноситься до юрисдикції господарського суду може бути передано сторонами на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, в юридичній літературі висловлюється думка, що така редакція дає підстави вважати, що спори, які виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності, включаючи спори, поійменовані у ст. 20 кодексу, і спори, які не поійменовані в ГПК, але які мають цивільно-правовий або господарсько-правовий характер, потенційно можуть бути предметом арбітражного розгляду в силу положень ГПК.

При цьому правильним і слухним є застереження, що згідно загальному правилу для того, щоб остаточно встановити, чи підлягає спір арбітражному розгляду, слід впевнитися у відсутності прямої законодавчої заборони на передачу відповідної категорії спору в арбітраж. Дійсно, така заборона міститься в ч. 1 ст. 22, де визначені категорії спорів, які не можуть бути передані на розгляд третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, тобто неарбітрабельні спори. Водночас, перелік спорів, зазначений в ч. 1 ст. 22 кодексу, не може розглядатися як вичерпний, тому що не зачіпає дії будь-якого іншого закону України, в силу якого певні спори не можуть передаватися на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу. Окрім п. 3) ч. 1 ст. 22 ГПК таке застереження міститься і в ч. 4 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

При дослідженні питання, чи виконане завдання, поставлене в Стратегії судової реформи стосовно розширення переліку арбітрабельних спорів, порівнюючи стару і нову редакцію ГПК стосовно переліку неарбітрабельних спорів, слід зазначити, що висловлюється думка, що на відміну від ч. 2 ст. 12 ГПК в попередній редакції, яка передбачала лише три категорії спорів, які не могли бути передані на розгляд третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, в новому ГПК перелік неарбітрабельних спорів суттєво розширений із можливістю доповнювати цей перелік іншими законами, що не

²⁹⁴ Там само – С. 137.

²⁹⁵ **Коваленко І.** Поняття та види арбітрабельності в теорії міжнародного комерційного арбітражу / Коваленко І. // Підприємництво, господарство і право. – 2017. – №1. – С.31-32.

відповідає концепції Стратегії судової реформи. Але, на наш погляд, ця точка зору є доволі спірною, оскільки, не дивлячись на те, що в старій редакції ГПК до неарбітрабельних спорів формально було віднесено лише три категорії спорів, на практиці до такої категорії фактично відносилися і інші спори, якщо вони в силу їх правової природи потенційно могли зачіпати публічні інтереси.

Одне з найбільш складних питань, які будуть виникати в доктрині і на практиці, це реалізація положень законодавства щодо арбітрабельності корпоративних спорів. Питання арбітрабельності корпоративних спорів з набранням чинності нової редакції ГПК буде залишатися дискусійним, оскільки з одного боку, в ст. 22 ГПК збережений підхід відносно неарбітрабельності даної категорії спорів, з іншого боку – ця ж стаття закріплює правову можливість передати корпоративний спір на вирішення міжнародного комерційного арбітражу за умови, що зазначені спори мають виникати з договору між юридичною особою і усіма його учасниками та має бути укладена арбітражна угода. Втім відповідне законодавство не містить вказівок на те, чи повинна така угода бути викладеною в форматі окремого договору, чи вона може бути інкорпорована в статут. Тому в юридичній літературі обговорюються декілька варіантів укладення арбітражної угоди між юридичною особою та всіма її учасниками. Слід зазначити, що проблеми, пов'язані з укладанням арбітражної угоди на таку категорію спорів, сферою її дії залишаються актуальним і для зарубіжних юрисдикцій, які теж визнають корпоративні спори арбітрабельними.

Окрім того, слід звернути увагу і на те, що в п. 4) ч. 1 ст. 20 нової редакції ГПК до спорів, які віднесені до юрисдикції господарських судів, в окрему категорію виділені спори, що виникають з правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав в юридичній особі, крім правочинів у сімейних та спадкових правовідносинах. Оскільки в ст. 22 нової редакції ГПК відсутні положення щодо неарбітрабельності цієї категорії спорів, це дозволяє зробити висновок, що спори, які впливають з договорів купівлі-продажу акцій і часток, паїв, інших корпоративних прав в юридичній особі можуть бути предметом арбітражного розгляду. Раніше під час дії ГПК в старій редакції питання щодо того, чи відносяться ці спори до категорії корпоративних і чи поширюється на них заборона передавати їх вирішення на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, передбачена в ч. 2 ст. 12 ГПК, викликало дискусію в юридичній літературі. Правова невизначеність в питанні щодо корпоративного характеру таких спорів і їх підсудності виключно господарським судам України породжувала і суперечливу судову практику. На наш погляд, небезпека скористатися цією невизначеністю для недобросовісних боржників для заперечення компетенції арбітражу і для оспорування арбітражних рішень зберігається і сьогодні, враховуючи триваючу дискусію навколо правової природи корпоративних відносин, корпоративних спорів, корпоративних прав, форм і способів їх захисту.

Враховуючи суттєву специфіку цієї категорії спорів, в деяких країнах в останні роки набуло поширення розробка провідними арбітражними установами цих країн арбітражних угод, рекомендованих саме по корпоративних спорах,

а також розробка окремих Правил арбітражу корпоративних спорів, які, на наш погляд, доцільно розробити і Міжнародному комерційному арбітражному суду при ТПП України.

Характеризуючи в цілому ідеологію, закладену в ГПК щодо арбітрабельності спорів, голова МКАС при ТПП України М.Ф. Селівон справедливо відмітив наявність оціночних понять, розкриття яких буде залежати від судової влади, зазначивши, що, говорячи про арбітрабельність спорів, необхідно разом з судовим корпусом, незважаючи на те, що судді абсолютно незалежні і самостійні, вирішити ці питання так, щоб іти в тому напрямку, який заклала держава, а вона заклала у цих кодексах проарбітражний характер державної політики, лише від спільних дій залежить як ефективно це буде втілено у життя²⁹⁶.

Представники арбітражного співтовариства продовжують висловлювати побоювання, виокремлюючи дві основні перепони, які можуть викликати проблеми в процесі імплементації всіх позитивних змін, а саме – зловживання правами та формування негативної судової практики, в тому числі абсолютизація державними судами права на судовий захист.

Таким чином, незважаючи на нові правила Господарського процесуального кодексу щодо визначення арбітрабельності спорів, проблеми арбітрабельності спорів (причому, як старі, так і нові), залишаються для дослідження надзвичайно актуальними, вирішення яких має безпосередній вплив на долю арбітражного рішення.

Основні прогресивні новели процесуальних змін, які покликані забезпечити ефективність діяльності міжнародного комерційного арбітражу, полягають у спрощенні і вдосконаленні процедур визнання і виконання арбітражних рішень, оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу, більш чіткому врегулюванні на рівні закону порядку провадження і обмеження меж втручання суду, законодавчому забезпеченні підтримці міжнародного арбітражного розгляду національним судом.

Головна мета змін до процесуальних кодексів вбачається в тому, щоб сторона, яка звертається за захистом своїх прав до міжнародного комерційного арбітражу, отримала таку підтримку, щоб рішення міжнародного комерційного арбітражу не залишилося декларативним, а було ефективно виконано. Слід підкреслити, що під час обговорення цих змін більшість юристів відзначають їх позитивний характер, оскільки вони в цілому направлені на розвиток альтернативних судовому способів розгляду спорів. Вдосконалення механізмів виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів та третейських судів дозволить не тільки покращити інвестиційний клімат, але й розвинути систему альтернативного вирішення спорів. В реалізації цих новел вбачається також продовження політики, спрямованої на підвищення привабливості України як місця арбітражу. Новели в правовому регулюванні з точки зору удосконалення діючого регулювання можна оцінити як прогресивні, враховуючи і те, що

²⁹⁶ Міжнародний арбітраж: новели та виклики. – Юридична газета. – 14 лютого 2018 року

їх застосування сприятиме створенню умов для більш широкого використання цього способу альтернативного вирішення спорів, що відповідає національним інтересам.

При цьому вважаємо цілком виправданим на сучасному етапі розвитку країни збереження в українській правовій системі дуалізму регулювання третейського розгляду, який застосовується для вирішення спорів, що мають міжнародний характер, і спорів, що мають внутрішній характер. Це дозволяє врахувати в законодавстві необхідні відмінності в правовому регулюванні «внутрішнього» третейського суду і міжнародного комерційного арбітражу, викликані реальними обставинами, які склалися в Україні.

Проведена реформа процесуального законодавства є першим кроком реалізації такої політики. Наступним кроком має бути аналіз новел законодавства і судової практики його застосування. Важливим завданням є також надання гармонійно збалансованої правдивої об'єктивної інформації про найбільш відомі способи АВС і проблеми їх застосування.

Слід враховувати, що новели регулювання арбітражного законодавства повинні знаходити належне відображення і закріплення в регулюванні правил арбітражу (регламентах), які приймаються за ініціативою самих арбітражних центрів з використанням при написанні нових регламентів ефективних підходів, які пройшли випробування часом.

З 1 січня 2018 р. набрав чинності новий регламент МКАС при ТПП України, при розробці якого були враховані як світові тенденції, так і процесуальні зміни в нашому законодавстві, а також 25 років напрацювань в розгляді арбітражних справ. Нова редакція містить положення, спрямовані на модернізацію арбітражного процесу та підвищення його ефективності.

Важливе практичне значення має нове арбітражне застереження, рекомендоване Міжнародним комерційним арбітражним судом при ТПП України для включення до зовнішньоекономічних договорів. Слід звернути увагу, що перелік спорів, які рекомендується зазначати в арбітражній угоді, розширений за рахунок спорів, що виникають при укладанні і тлумаченні договорів. Нова редакція рекомендованого арбітражного застереження запропонована з метою сприяння уникненню проблем, які виникали в українській судовій практиці при застосуванні законодавства про міжнародний комерційний арбітраж.

В юридичній літературі обговорюються шляхи усунення на законодавчому рівні перешкод в діяльності третейських судів, що дозволить звернути увагу на переваги третейського судочинства і підвищити ефективність захисту прав суб'єктів господарювання. При цьому справедливо зазначається, що як в цілому будуть працювати механізми, впроваджені новим процесуальним законодавством, можна буде зробити висновок лише після перевірки їх дії на практиці. Важливе значення при оцінюванні сторонами привабливості тієї чи іншої юрисдикції має судова практика.

Оскільки підходи до застосування нового процесуального законодавства лише починають складатися, тому саме зараз необхідно забезпечити

єдине і, що особливо важливо, «проарбітражне» його тлумачення, що дозволить мінімізувати можливі помилки.

Враховуючи, що саме на суди покладені функції сприяння і контролю стосовно міжнародного арбітражу, ефективність здійснення судами відповідних функцій і практика розгляду судами таких справ має істотний вплив на майбутнє міжнародного арбітражу в Україні і його сприйняття зарубіжними і вітчизняними компаніями, які обирають арбітраж в Україні як місце для розгляду своїх спорів. Окрім того, окремої уваги потребує систематичне дослідження і обговорення судової практики господарських судів, предметом розгляду в яких доволі часто стає дійсність арбітражної угоди, в тому числі і в якості самостійних позовних вимог.

Важливим для подальшого розвитку в Україні третейського розгляду на більш високому якісному рівні, для забезпечення єдиного «проарбітражного» тлумачення нового законодавства державними судами України є вивчення передового досвіду взаємодії вітчизняних третейських і державних судів, тому при вирішенні тієї чи іншої справи по схожих справах доцільно брати до уваги практику країн, які є визнаними центрами арбітражу, застосовувати міжнародні підходи при вирішенні таких питань.

Слід зазначити, що протягом тривалого часу в Україні спостерігалася досить суперечлива судова практика як судів загальних, так і господарських в галузі практичного застосування законодавства про третейські суди та міжнародний комерційний арбітраж, що не дозволило повною мірою сформувати в країні не тільки належний правовий режим третейського розгляду, а й правову доктрину про сутність і значення третейського розгляду.

В основному це проявлялося в нерозумінні державними судами суті міжнародного комерційного арбітражу, в ігноруванні таких значущих для розуміння специфічної правової природи арбітражу норм Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» як «відмова від права на заперечення» і «межі втручання суду», ігнорування доктрини автономності арбітражної угоди, доктрини «компетенції компетенції», в занадто широкому тлумаченні публічного порядку як підстави для скасування арбітражного рішення або відмови у його виконанні, помилковому розумінні стандартів гарантій права на судовий захист, вільній інтерпретації арбітрабельних спорів тощо.

Господарські суди, як і суди в окремих країнах пострадянського простору, в процесі здійснення правосуддя по господарських справах, у разі необхідності застосування законодавства про міжнародний комерційний арбітраж або про третейські суди інколи сприймають третейський суд як спосіб вирішення спорів, який не тягне певних правових наслідків і носить лише попередній характер по відношенню до судового процесу в державному суді. Така судова практика, яка особливо поширилася за останні роки, фактично ігнорувала правову природу третейського суду і тим самим обмежувала можливість його використання підприємцями як альтернативної форми судочинства, допустимий діючим законодавством. За різні роки дії третейського законодавства практика

державних судів, особливо господарських, пов'язана із застосуванням законодавства про міжнародний комерційний арбітраж і про третейські суди, була не простою і суперечливою, що в різні періоди давало підстави говорити і про її «проарбітражний» характер, або навпаки, про її «антиарбітражний» характер.

Тому на сьогодні перед новим судовим корпусом має бути поставлена задача оволодіти способами ефективного контролю за діяльністю третейських судів, які передбачені законодавством. Необхідно також враховувати, що судова практика повинна використовувати важливі доктринальні положення для вирішення спірних питань. Для формування дієвої ефективної політики, спрямованої на підтримку стимулювання і використання третейського розвитку у господарських відносинах, забезпечення умов для обмеженого, але ефективного судового контролю за практикою вирішення спорів третейськими судами, важливим є урахування досвіду зарубіжної практики, оскільки він ґрунтується на міжнародних стандартах. Як справедливо зазначається в юридичній літературі, «проарбітражна» позиція державних судів при вирішенні питань, пов'язаних із застосуванням і тлумаченням діючого законодавства про третейські суди, повинна стати домінуючою в судовій практиці з тим, щоби створити впевненість в ділових колах, що цей спосіб вирішення спорів, який дозволяє їм уникнути зайвих формальностей і витрат часу і коштів, має під собою певні правові підстави²⁹⁷.

Вважається, що такі проблеми, як сутність третейського розгляду, його співвідношення з правосуддям, державними механізмами захисту цивільних суб'єктивних прав, формування єдиних, внутрішньо узгоджених уявлень про третейські суди, місце і характер норм, які регулюють третейський розгляд в системі норм права, залишаються основним, але не вичерпним переліком проблем, які були у будуть залишатися актуальними для дослідження представниками різних галузей права.

Судова практика повинні відповідати завданням останніх реформ законодавства про арбітраж, які зводяться до наступних: 1) забезпечення та посилення ефективності дії арбітражних угод через визнання дійсності угод, що укладаються, і їх автономності на фоні послаблення попередніх вимог до форми таких угод і доказів їх укладення; 2) збільшення значення приватних джерел правового регулювання міжнародного комерційного арбітражу у зв'язку із глобальною тенденцією росту незалежності міжнародного комерційного арбітражу від національних правових систем; 3) на рівні законодавчого регулювання обмеження втручання державних судів в арбітраж²⁹⁸.

По суті предметом досліджень вчених і практиків і на сьогодні залишаються всі інститути міжнародного комерційного арбітражу: міжнародно-правові джерела, національне законодавство, судова практика, арбітражні регламенти,

²⁹⁷ Комаров А.С. Некоторые заметки в связи с реформой российского законодательства о третейском суде / А. Комаров // Третейский суд. – 2015. – №4 (100) 2015. – С. 22.

²⁹⁸ Курочкин С.А. Современная доктрина международного коммерческого арбитража: тенденции развития / С. Курочкин // Третейский суд. – 2015. – №4 (100) 2015. – С.101.

при цьому важливого значення в розвитку цього інституту має те, що наукові дослідження проводяться фахівцями різних країн світу і що наукові дослідження майже у всіх сферах міжнародного арбітражу мають практичне значення.

В цілому останні зміни, які відбулися в законодавстві в процесі здійснення судової реформи, можна розглядати як такі, що створюють сприятливі умови для підтримки, становлення і більш активного використання на практиці альтернативного вирішення спорів. Враховуючи, що третейські є досить поширеним явищем у світовій юридичній практиці, удосконалення правового регулювання третейського розгляду справ на рівні європейських та загальносвітових стандартів сприятиме поверненню третейських судів до ефективних альтернативних механізмів вирішення спорів. При цьому важливо не допустити пропозиції, спрямовані на формування потенційної недовіри до інститутів АВС в українському суспільстві, суттєве розширення контрольних повноважень компетентних органів влади, зайву формалізацію правил арбітражу. Водночас, необхідно обговорити в суспільстві доцільність введення в законодавстві більш жорсткого дозвільного порядку створення внутрішніх третейських судів, з одного боку – зменшення переліку спорів, які не дозволяється передавати на розгляд арбітражу і третейського суду, з іншого боку – розширення переліку спорів, які не дозволяється передавати на розгляд третейського суду *ad hoc*.

При реформуванні законодавства про третейське судочинство вирішальним має бути врахування таких фундаментальних засад АВС, як диспозитивне регулювання відносин, яке передбачає відповідальність сторін за добровільний взаємоузгоджений вибір та звернення до того чи іншого способу АВС, а також структурам і особам, які сприяють його застосуванню.

Значення третейського суду для комерційного обороту в сучасних умовах господарювання, основні переваги третейського розгляду для комерційного обороту, які можна звести до забезпечення динаміки торгового обороту відсутністю зайвого формалізму в регулюванні третейського розгляду, демократичність процесу розгляду справ, спрощена процедура розгляду справ, відсутність можливості оскаржувати ухвали третейського суду, що дозволяє вирішити спір значно швидше, ніж у державних судах, відсутність вимог щодо адвокатської монополії на представництво, остаточність рішення та можливість його оспорування/оскарження лише за обмеженим переліком підстав тощо повинні призвести до підвищення ролі третейських судів у створенні ефективної системи захисту прав суб'єктів господарювання та громадян.

Грунтовне та системне дослідження законодавства та практики його застосування, реформування законодавства про третейське судочинство сприятиме розвитку третейських судів як необхідної умови створення в Україні ефективної системи захисту прав громадян та юридичних осіб.

ПРАВОПРЕЕМСТВО В АРБИТРАЖЕ. ПРАКТИКА МКАС

Крупко П. Н. (Украина)

*заместитель председателя Морской арбитражной комиссии при ТПП Украины,
председатель постоянно действующего третейского суда
при ТПП Украины, Заслуженный юрист Украины*

Вопрос о правопреемстве в арбитраже, это вопрос о том, может ли действие арбитражного соглашения распространено на лиц, которые это соглашение не подписывали.

По общему правилу арбитражное соглашение (как и иные договоры) порождает обязательства лишь для сторон, которые выразили свое согласие на это. В то же время правоприменительная практика пошла по пути распространения действия арбитражного соглашения на третьих лиц при определенных обстоятельствах. Просматривается четкая тенденция к решению вопроса о возможности применения арбитражного соглашения к третьим лицам – «неподписантам».

Наиболее распространенной, но в то же время не лишенной дискуссий, является практика применения арбитражного соглашения к лицу, которое его не подписывало, в случае перемены лиц в обязательстве в связи с уступкой права требования (цессией) или переводом долга либо в связи с правопреемством в случае реорганизации юридического лица.

Следует отметить, что мировая арбитражная практика знает куда более широкую сферу применения арбитражного соглашения к «неподписантам». Многим известны существующие на этот счет доктрины (теории), такие как доктрина «группы компаний», теория реализации сложных соглашений, доктрина «второе я» (*alter ego*), доктрина проникновения за корпоративную вуаль (*piercing the corporate veil*) и многие другие.

Относительно возможности (наличия оснований) применения арбитражного соглашения к лицу, которое его не подписывало, в случае перемены лица в обязательстве, следует отметить, что ответ на вопрос о том, является ли такое соглашение обязательным для нового участника, является вопросом объема прав, передаваемых этому лицу.

Ответ на этот вопрос необходимо искать в договоре (об уступке права требования или переводе долга) или же в решении о реорганизации юридического лица и, конечно же, в материальном праве, применимом к этим отношениям. При этом следует иметь в виду, что арбитражное соглашение, договор, из которого возник спор, договор об уступке требования или о переводе долга или решение о реорганизации юридического лица одновременно могут быть подчинены разным правовым системам.

Так, в одном из дел, рассмотренном в МКАС, договор, из которого возник спор, был подчинен материальному праву Украины, в то время как договор цессии регулировался материальным правом России. В другом деле, вопрос правопреемства в связи реорганизацией юридического лица решался по

материальному праву Республики Беларусь, а к основному договору применялось материальное право Украины.

Согласно статье 514 Гражданского кодекса Украины, к новому кредитору переходят права первичного кредитора в обязательстве в объеме и на условиях, которые существовали на момент перехода этих прав, если иное не установлено договором или законом.

Представляется, что это положение, а именно слова «права первичного кредитора ... в объеме и на условиях, которые существовали на момент перехода этих прав», должны толковаться расширительно и интерпретироваться в пользу утверждения о том, что к новому кредитору перешли не только материальные права, но и права и обязанности, вытекающие из арбитражного соглашения.

Права и обязанности, которые переходят в связи с переменой лица в обязательстве не должны рассматриваться в отрыве от источника своего происхождения – основного договора. Они сохраняют правовую природу (дух) основного договора и должны рассматриваться в единстве и во взаимосвязи с иными положениями основного договора, включая арбитражное соглашение, предусматривающее механизм реализации и защиты прав, возникших из основного договора.

Анализ статьи 514 Гражданского кодекса Украины дает основания для выводов о том, что:

1) предъявление иска в защиту нарушенных прав представляет собой одну из составных частей содержания права требования, перешедшего к новому кредитору;

2) сохранение ранее установленного сторонами порядка разрешения споров не ущемляет прав ни нового кредитора, ни должника и позволяет обеспечить надлежащую защиту их интересов.

Исходя из смысла статьи 514 Гражданского кодекса Украины следует, что заключение должником и новым кредитором повторного арбитражного соглашения на передачу спора в арбитраж, согласованный первоначальными участниками договора, *не требуется*, поскольку арбитражная оговорка является неотъемлемой частью договора. При заключении отдельного от контракта арбитражного соглашения первоначальным кредитором и должником такое соглашение становится составной частью контракта, поэтому, в заключении нового арбитражного соглашения между новым кредитором и должником также нет необходимости.

Не требуется специального указания о переходе прав по арбитражной оговорке (арбитражному соглашению) и в тексте договора уступки прав. Вместе с тем новый кредитор и должник *вправе* заключить новое соглашение об избрании способа разрешения споров.

Арбитражное соглашение как особый процессуально-правовой инструмент, который призван обслуживать отношения, возникшие из основного договора, не зависит от этих отношений, но всегда сохраняет с ними связь, в том числе в случае перемены стороны в обязательстве.

Обращение нового кредитора с иском в соответствии с условиями арбитражного соглашения необходимо рассматривать как его *естественное право*,

объективно вытекающее из приобретенного им права требования, даже если в договоре об уступке этого права стороны специально не оговорили переход к новому кредитору прав и обязанностей, вытекающих из арбитражного соглашения.

В правоприменительной практике доминирует позиция, согласно которой права и обязанности, вытекающие из арбитражного соглашения, переходят вместе с переданными материальными правами.

Эта позиция находит отражение и в практике МКАС.

Вопрос о правопреемстве прав и обязанностей по арбитражному соглашению должен решаться индивидуально, исходя из условий арбитражного соглашения и основного договора, поскольку *стороны могут предусмотреть ограничения на переход прав и обязанностей по арбитражному соглашению* и такие ограничения могут иметь разную форму, в частности:

1) установить, что арбитражное соглашение является действительным исключительно для лиц, его подписавших, и, что оно не распространяется на третьих лиц в случае уступки прав по основному договору;

2) предусмотреть прямой запрет сторонам передавать права и обязанности по арбитражному соглашению третьи лицам.

Основываясь на результатах анализа дел, рассмотренных во МКАС, следует отметить, что ключевым аргументом тех, кто отрицает правопреемство по арбитражному соглашению, является требование о наличии письменного арбитражного соглашения, предусмотренное Нью-Йоркской конвенцией о признании и исполнении иностранных арбитражных решений и Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже.

В одном из дел в ходе арбитражного разбирательства состоялась процессуальная замена на стороне истца вследствие заключения договора цессии. Воспользовавшись этим обстоятельством, ответчик заявил об отсутствии у арбитражного суда компетенции и привел в обоснование своей позиции следующие аргументы:

1) между ответчиком и истцом (новым кредитором) отсутствует арбитражное соглашение о передаче на рассмотрение МКАС споров, возникших из договора;

2) между ответчиком и истцом (новыми кредитором) отсутствует спор по поводу исполнения договора. Требование, заявленное первичным кредитором и требование, право на которое приобрел новый кредитор по договору цессии, имеют разные основания. Новый кредитор приобрел право требования к ответчику в результате замены кредитора в обязательстве по договору, а не вследствие нарушения ответчиком договора перед новым кредитором.

При этом ответчик каких-либо возражений по сути иска не заявил.

Решая вопрос о компетенции, Арбитражный суд исходил из того, что по условиям договора цессии cedent уступил цессионарию не только право требования к Должнику, но и *права, обеспечивающие исполнение обязательства, а также другие, связанные с этим требованием права.*

Поскольку к договору цессии подлежал применению закон места его совершения, Арбитражный суд обратился к положениям статьи 384 Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой право первоначального

кредитора переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права требования.

На этих основаниях Арбитражный суд пришел к выводу, что при уступке права требования к новому кредитору перешли полностью и права, связанные с уступаемым правом, в том числе и право на применение инструментов защиты, предусмотренных арбитражным соглашением.

В другом случае требование истца основывалось на договоре купли-продажи долговых обязательств, возникших из договора перестрахования.

Ответчик возражал против компетенции МКАС, ссылаясь на:

1) отсутствие между сторонами арбитражного соглашения, поскольку истец не является подписантом договора перестрахования, содержащего арбитражную оговорку;

2) в результате заключения договора купли-продажи долговых обязательств к истцу не перешли какие-либо права перестрахователя по арбитражному соглашению.

Кроме того, по мнению ответчика, доктрина автономии арбитражного соглашения исключает применение арбитражного соглашения к лицу, которое не является его участником, даже если это лицо приобрело какие-либо материальные права из договора, содержащего арбитражное соглашение.

Анализируя содержание договора купли-продажи долговых обязательств, арбитражный суд пришел к выводу, что согласно его условиям покупатель (новый кредитор) приобрел *все права включая, но не ограничиваясь правом требования к должнику относительно уплаты суммы основного долга*.

В соответствии со статьей 514 Гражданского кодекса Украины, к новому кредитору переходят права первичного кредитора в обязательстве в объеме и на условиях, которые существовали на момент перехода этих прав, если иное не установлено договором или законом.

Что касается принципа автономии арбитражного соглашения, то, как известно, он реализуется в общепринятом правиле, согласно которому *решение о недействительности договора не влечет за собой недействительность арбитражной оговорки*. Этот принцип связан с юридической силой арбитражной оговорки, которая должна определяться независимо от юридической силы основного договора, и не связан с вопросом о правопреемстве по арбитражному соглашению.

Еще в одном деле ответчик, к которому перешло право на основании договора уступки права требования, оспорил компетенцию арбитража по мотивам отсутствия арбитражного соглашения. По мнению ответчика, поскольку он не является стороной договора купли-продажи, содержащего арбитражную оговорку, а договор уступки права требования не содержит указания на переход к ответчику каких-либо прав и обязанностей по арбитражному соглашению, арбитраж не вправе рассматривать спор с его участием.

Арбитражный суд не согласился с позицией ответчика с учетом того, что:

1) в договоре купли-продажи стороны предусмотрели право продавца уступить третьему лицу свои права и обязанности по Договору в полном объеме или частично;

2) реализуя упомянутое право, продавец уступил третьему лицу (ответчику) все права и обязанности продавца по договору купли-продажи. Из положений договора уступки права требования следует, что первичный продавец передал новому продавцу в полном объеме все права и обязанности по договору купли-продажи, которые существовали на дату вступления в силу договора уступки права требования и новый продавец приобрел статус стороны договора купли-продажи в качестве продавца.

На этом основании и с учетом правовой нормы, предусмотренной статьей 514 Гражданского кодекса Украины, арбитражный суд пришел к выводу, что все условия договора купли-продажи, включая арбитражную оговорку, сохраняют свою силу для нового продавца в том виде, в котором они существовали между сторонами на дату вступления в силу договора уступки права требования. Положения договора, предусматривающие механизм защиты нарушенного права, представляют собой одну из составляющих содержания прав и обязанностей, перешедших к новому продавцу.

Таким образом, во всех приведенных в качестве примера делах возражения относительно компетенции были связаны не с содержанием или юридической силой (действительностью) арбитражного соглашения как такового, а с применением его условий к отношениям с участием лица, не являющегося стороной арбитражного соглашения.

Решая вопрос о возможности применения арбитражного соглашения к лицу, которое это соглашение не подписывало, в каждом из описанных случаев арбитраж, прежде всего, исходил из договоренностей сторон. Вариантов таких договоренностей, как подтверждает практика, множество. И ответ на упомянутый вопрос связан с установлением истинных намерений сторон договора. При этом не следует забыть также и о материальном праве, применимом к отношениям правопреемства.

В то же время оспаривать компетенцию арбитража на разрешение спора с участием нового кредитора, а также оспаривать решение арбитража по мотиву отсутствия компетенции является правом должника, которое следует уважать.

Целью этой публикации является привлечение внимания к проблеме правопреемства по арбитражному соглашению и способствованию формированию неписанных общепринятых правил решения этой проблемы. В случае достижения цели, можно было бы рассчитывать на определенный социальный эффект, прежде всего, в виде процессуальной экономии. Такая экономия станет реальностью, если какой-то участник спора, взирая на упомянутые правила, откажется от своего права оспаривать компетенцию арбитража либо его решение по мотивам, о которых шла речь выше. Ведь в большинстве рассмотренных во МКАС делах, заявление об отсутствии компетенции, в основе которого лежало утверждение об отсутствии арбитражного соглашения, по сути было единственным аргументом ответчика.

ОНЛАЙН-АРБІТРАЖ: ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Притика Ю. Д. (Україна)

*доктор юридичних наук, професор, професор кафедри правосуддя Київського
національного університету імені Тараса Шевченка*

Стрімкий розвиток електронної комерції²⁹⁹ та відповідна трансформація ділового обороту зумовили появу нової категорії економічних спорів, вирішення яких вимагає не лише володіння відповідними технічними знаннями, але і їх оперативного розгляду.

Міжнародні комерційні відносини в інформаційній сфері значно ускладнені положеннями національного законодавства, суперечливістю колізійних норм та відсутністю усталеної практики вирішення спорів.

З метою ефективного вирішення відповідної категорії спорів виникли внутрішньомережеві («online») арбітражі, які покликані врегульовувати конфлікти у сфері електронної комерції значно ефективніше, ніж інші форми вирішення спорів [1].

Термін «онлайн-арбітраж» має декілька значень, але найчастіше використовується для позначення арбітражного розгляду, що проводиться з використанням технологій віддаленої комунікації між учасниками процесу [2].

Основна ідея застосування онлайн-арбітражу полягає в тому, щоб сторона спору могла зробити все необхідне для отримання остаточного арбітражного рішення, не виходячи з кабінету: (1) подання позовної заяви та надання доказів по справі здійснюються в електронному вигляді; (2) отримання відзиву на позовну заяву з усіма додатками відбувається в електронному вигляді; (3) справа розглядається одноособово арбітром, що призначається відповідною арбітражною установою, лише на підставі наданих сторонами документів та пояснень, без проведення слухання; (4) винесене арбітражне рішення направляється стороні в електронному вигляді, засвідчене електронними цифровими підписами арбітра та арбітражної установи (згодом сторона може отримати також паперову копію арбітражного рішення).

Якщо в ході розгляду спору все ж виникне необхідність у проведенні слухання, необхідно щоб арбітр міг зробити це шляхом відео- або аудіоконференції (за допомогою skype тощо). Дійшовши висновку, що обставини справи вимагають більш детального розгляду, в тому числі проведення слухання за участі сторін, арбітр мав би можливість на власний розсуд прийняти рішення про продовження розгляду за правилами арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ.

При вирішенні спорів, що проводяться під егідою провідних світових арбітражних установ, активно використовуються сучасні технології віддаленої

²⁹⁹ Електронна комерція (англ. *e-commerce*) – це сфера цифрової економіки, що включає всі фінансові та торгові транзакції, які проводяться за допомогою комп'ютерних мереж, та бізнес-процеси, пов'язані з проведенням відповідних транзакцій.

комунікації. Зокрема, листування між учасниками процесу здійснюється електронною поштою, процесуальні документи та докази подаються в електронній формі, організаційні наради та допити свідків проводяться із застосуванням телефонних або Skype-конференцій.

Онлайн-арбітраж є повноцінним способом незалежного, неупередженого та ефективного вирішення спорів, що виникають з договірних та недоговірних відносин, шляхом використання електронних засобів передачі та зберігання інформації. Метою його застосування є швидке та економічне вирішення спору без врахування формальних процедурних правил.

Онлайн-арбітраж – це не програма, яка формулює рішення, а віртуальна оболонка, дії в якій вчиняються людьми. Таким чином, це процес вирішення спору арбітрами та наступного винесення рішення третейським судом, обов'язкового для сторін, із застосуванням сучасних способів передачі та зберігання даних [3, с. 149].

Правова природа онлайн-арбітражу є похідною від природи класичного арбітражу. Зокрема, як і в класичному арбітражі, в онлайн-арбітражі увага приділяється забезпеченню незалежності та неупередженості осіб, залучених до врегулювання спорів³⁰⁰.

Багатьма організаціями, які працюють у сфері альтернативного вирішення правових конфліктів, були здійснені кроки з розвитку проєктів онлайн-арбітражу. Зокрема, Міжнародним арбітражним судом при ICC у 2004 р. було запроваджено новий інформаційно-технологічний інструмент під назвою NetCase.

NetCase – це платформа, яка дозволяє сторонам та арбітрам користуватися перевагами приватного та захищеного зв'язку з іншими учасниками процесу через мережу Інтернет.

NetCase пришвидшує зв'язок між сторонами та арбітрами, забезпечує миттєвий та цілодобовий доступ до інформації та обмін нею в захищеному середовищі, надає доступ до документів у ході засідання, позбавляє необхідності мати при собі безліч паперових документів. Це не виключає передачу документів звичайним шляхом та не передбачає ведення справи виключно в онлайн-режимі або відмову від проведення слухань в традиційному вигляді. Дана платформа є лише опцією, яка доступна для користувачів, та забезпечує швидку та зручну роботу з документами. Її перевагами є швидкість та безпека.

Деяку специфіку має і власне арбітражний розгляд в режимі онлайн – однією з основних особливостей онлайн-арбітражу є його делокалізація. Означена особливість обумовлена транскордонною природою електронної комерції. Доволі складно пов'язати онлайн-арбітраж з будь-яким правопорядком. Відповідно, існує необхідність у напрацюванні підходів до визначення місця онлайн-арбітражу.

³⁰⁰ Онлайн-арбітраж має риси так званого *documents-only arbitration*, в ході якого арбітрами досліджуються лише письмові докази.

Онлайн-арбітраж не може розглядатися як явище кіберпростору, цілком виключене з правової сфери, і вимагає відповідного правового регулювання як на міжнародному, так і на національному рівні.

Місце арбітражу має принципове значення для вибору права, яке підлягає застосуванню, оспоруванню фінального арбітражного рішення, його визнання та виконання. За відсутності угоди сторін юридичним місцем онлайн-арбітражу пропонується вважати місце, де знаходиться сервер, або місце, в якому знаходиться арбітр у момент відправки та отримання електронних повідомлень.

Також висловлюються пропозиції за відсутності угоди сторін про місце онлайн-арбітражу наділити арбітра правом визначити відповідне місце та зазначити про це в арбітражному рішенні.

Повна делокалізація онлайн-арбітражу доволі часто є підставою для висновків про його винятково міжнародний характер. Зазвичай онлайн-арбітраж розглядається як наднаціональне явище, оскільки кіберпростір фізично розповсюджується на усі держави. Технічні особливості, водночас, не змінюють характеру відносин, які виникають.

Обґрунтованою вбачається позиція, відповідно до якої онлайн-арбітраж між сторонами, які знаходяться в одній країні, повинен розглядатися як внутрішній арбітраж. Якщо ж сторони знаходяться в різних юрисдикціях, арбітраж може вважатися міжнародним.

Стрімкий розвиток зумовив формалізацію основних засад онлайн-врегулювання спорів на законодавчому рівні у США та ЄС. Так, у США в 2001 р. набув чинності Єдиний закон про медіацію [4], який об'єднав 2500 різних законів, що регулювали процедури медіації в різних штатах.

У Європейському Союзі спочатку можливість застосування онлайн-арбітражу передбачалася «м'яким правом» – в зелених книгах [5] та рекомендаціях Європейської Комісії [6].

Сьогодні альтернативне вирішення спорів онлайн знайшло своє відображення на рівні комунітарного права Європейського Союзу. Зокрема, Директива 2013/11/ЄС про альтернативні способи вирішення спорів у сфері захисту прав споживачів [7] та Регламент (ЄС) №524/2013 [8] є основним нормативним підґрунтям діяльності онлайн-арбітражів в Європейському Союзі³⁰¹.

Регламент №524/2013 передбачає створення RLL-платформи³⁰² (фр. «*Règlement en ligne des litiges*»). Платформа RLL є інтернет-сайтом, що передбачає можливість споживача та суб'єкта підприємницької діяльності вирішити спір, який виник у сфері електронної комерції. Дана платформа містить інформацію, яка стосується досудового вирішення спорів у сфері електронної комерції. Так, споживачі можуть заповнити електронну форму скарги та долучити до

³⁰¹ Директивою 2013/11/ЄС поняття «транскордонний спір» визначається як будь-який спір, що виникає з договору купівлі-продажу або договору про надання послуг, учасником якого є споживач-резидент іншої держави-члена ЄС, ніж держава-член продавця (надавача послуг).

³⁰² В англomовному варіанті застосовується абревіатура ODR («*Online Dispute Resolution*»).

неї необхідні документи. Такі скарги передаються до особи, уповноваженої на вирішення спору³⁰³.

Платформа почала функціонувати у лютому 2016 року. За загальним правилом процедура розгляду спору не може перевищувати 120 днів, проте у 85% випадків спір вирішується протягом 30 днів [9].

У науці виділяють чотири типи систем RLL (ODR): (1) *online settlement* – експертні системи для автоматичного врегулювання фінансових претензій; (2) *online arbitration* – сайти для вирішення спорів за допомогою кваліфікованих арбітрів; (3) *онлайн-вирішення скарг споживачів*, які використовують електронну пошту для обробки певних типів скарг споживачів; (4) *онлайн-медіація* [10, с. 262].

Юрисдикційна природа онлайн-арбітражу не перешкоджає арбітрам при винесенні рішення враховувати не лише вимоги права, яке підлягає застосуванню, але також застосовувати принцип справедливості. Для онлайн арбітражу як інструменту вирішення комерційних спорів більш вдалою вбачається концепція *amiable compositeur*, яка орієнтована на пошук балансу права та справедливості³⁰⁴.

На вдосконалення міжнародного комерційного арбітражу у напрямку застосування його електронних форм суттєво вплинув розвиток *lex electronica* [11].

Lex electronica є транснаціональним правом електронної торгівлі, системою норм міжнародно-правового характеру, які регулюють відносини, підставою виникнення яких є транснаціональні правочини в електронному середовищі.

Lex electronica виникло внаслідок спроби упорядкування норм *lex mercatoria*³⁰⁵. Авторами концепції *lex electronica* вважаються Карім Беніхлеф та Фаб'єн Желінас. Основним положенням концепції *lex electronica* є необхідність саморегуляції відносин комерційного характеру, які виникають у мережі Інтернет, що дозволяє їх учасникам самостійно обирати право, яке підлягає застосуванню.

Джерелам *lex electronica* є: (1) основні принципи *lex mercatoria*; (2) міжнародні акти (наприклад, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю [13], Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронні підписи [14] та ін.); (3) національні та наднаціональні акти; (4) торгівельні звичаї, які склалися у сфері електронної комерції; (5) типові контракти та угоди; (6) практика вирішення спорів.

Перевагами застосування *lex electronica* у сфері електронної комерції є (1) можливість відмови від застосування колізійних норм; (2) можливість відмови від застосування норм національного матеріального права; (3) оптимізація арбітражних витрат [15].

³⁰³ Подати скаргу можна за наступним посиланням: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=FR>.

³⁰⁴ Арбітри в онлайн-арбітражі можуть діяти в якості «дружніх посередників» за умови, що сторони своєю угодою прямо наділили їх такими повноваженнями і це допускається правом країни, визначеної в узгодженому порядку як місце арбітражу [3, с. 152-153].

³⁰⁵ Результатами «авторського» упорядкування норм *lex mercatoria* є поява *lex petrolea* (право нафтових транзакцій), *lex constructionis* (будівельне право), *lex maritime* (морське право) та інших специфічних правових утворень [12].

На сьогодні у доктрині продовжуються дослідження відповідності рішень онлайн-арбітражу вимогам міжнародного публічного порядку, ставиться питання про доцільність та можливість регулювання розгляду спорів в режимі онлайн нормами *lex electronica*.

Популярність онлайн-арбітражу зумовлена основними характеристиками мережі Інтернет, а саме: низьким бар'єром для вступу будь-яких осіб у правовідносини у мережі та транскордонним характером електронної комерції. Відповідно у правовідносини можуть вступати учасники, які у звичайних умовах (у разі здійснення операцій поза мережею Інтернет) мали б виконати певні формальні вимоги для цього та мали б певні юрисдикційні обмеження для таких операцій.

Для застосування онлайн-арбітражу відсутні суттєві перешкоди – для цього вимагається вирішення практичних проблем ідентифікації сторін електронної комунікації та їх представників, а також створення систем обміну електронними документами.

Протягом останніх десятиліть саме сфера арбітражу була основним джерелом інновацій у сфері вирішення спорів. До того ж, застосування сучасних інформаційних технологій у межах конкретного арбітражного розгляду створює ряд безсумнівних переваг: зручність, підвищення змістовної якості розгляду та мінімізація витрат.

Однак переведення арбітражу в онлайн-режим може створювати і певні *проблеми*, пов'язані, зокрема, з безпекою, допустимістю доказів тощо.

Переважає більшість проблем онлайн-арбітражу пов'язана з транскордонним характером спорів, які ним розглядаються [16].

До моменту об'єктивації уніфікованих правил на міжнародному рівні арбітражні установи змушені самотійно вирішувати ряд питань залежно від фактичних обставин справи. Наприклад, чи матиме право арбітр у справі між сторонами з Італії та Сінгапуру відповідно «підписати» арбітражне рішення в електронній формі (якщо так, то який стандарт електронного підпису може застосовуватися).

Для вирішення спорів із застосуванням онлайн-систем сторонам необхідно підкріплювати свої вимоги доказами. Для пред'явлення доказів їх спочатку необхідно підготувати, що вимагає відповідних темпоральних витрат. Як наслідок – сторони спору можуть уникати подання позовів, які не підкріплені вагомою доказовою базою.

До того ж, онлайн-арбітраж вирізняється «ефектом швидкості». Сторони спору усвідомлюють, що у випадку ініціювання арбітражного розгляду онлайн вони будуть зобов'язані надати відповідні процесуальні документи – позовну заяву або відзив, підкріплені доказами, протягом декількох тижнів. Відповідно, час реакції сторін на ініційований процес значно скорочується.

Серед актуальних проблем онлайн-арбітражу можна також виокремити проблему визнання арбітражної угоди, укладеної в електронній формі; забезпечення аутентичності доказів, які використовуються в онлайн-арбітражі,

та конфіденційність інформації, що передається через мережу Інтернет та використовується в онлайн-арбітражі.

До того ж, онлайн-арбітраж, на відміну від традиційних способів альтернативного вирішення правових конфліктів, не може здійснюватися на разовій основі (ad hoc), без адміністратора, за участі лише сторін спору та нейтрального арбітра. Будь-яке врегулювання спорів у режимі онлайн вимагає посередника з технологічною базою.

Можна констатувати, що онлайн-арбітраж є не процедурою примирення, а повноцінним способом незалежного, неупередженого та ефективного вирішення спорів, що виникають з договірних та недоговірних відносин, шляхом використання електронних засобів передачі та зберігання інформації.

Чинне законодавство України не дозволяє застосовувати альтернативні способи вирішення спорів у сфері електронної комерції. Здебільшого означені обмеження пов'язані з чинною редакцією п. 14 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про третейські суди» від 11 травня 2004 р., відповідно до якої третейські суди в порядку, передбаченому цим Законом, можуть розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин, за винятком справ у справах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки).

Водночас світова практика йде іншим шляхом та має суттєві напрацювання у питаннях діяльності онлайн-арбітражу, які об'єктивуються як у законодавстві окремих держав, так і на рівні міжнародних договорів.

Зважаючи на те, що альтернативні способи вирішення спорів повинні забезпечувати наявність пропорційних витрат, полегшений доступ та ефективність вирішення спору, застосування онлайн-арбітражу вбачається доволі перспективним. В означеному контексті онлайн-арбітраж може визначатися як універсальний механізм, доступний широкому колу осіб, незалежно від їх правового статусу та юрисдикції.

Список використаних джерел:

1. Ortiz A. L. Arbitration and IT // Arbitration International. 2005. Issue 3. P. 343-360.
2. Панов А. А., Онлайн-арбитраж: проблемы, решения, перспективы // Новые горизонты международного арбитража, Вып. 2: сб. ст. / Под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, р. М. Ходыкина. М., 2014. С. 111-153.
3. А. Курочкин. Онлайн-арбитраж: теоретические вопросы. Третейский суд. №3, 2017, с. 148-162.
4. Uniform Mediation Act [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf.
5. Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law. Brussels, 19.04.2002 COM (2002) 196 final [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=EN>.
6. Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer dispute (98/257/EC)

- [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&from=EN>.
7. Directive 2013/11/UE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) №2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=EN>.
 8. Règlement (UE) №524/2013 du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) №2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=EN>.
 9. La plateforme de résolution en ligne des litiges de la commission européenne [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://exeme-avocats.com/2017/12/17/la-plateforme-de-resolution-en-ligne-des-litiges-de-la-commission-europeenne>.
 10. Ізарова І. О. Теоретичні засади цивільного процесу Європейського Союзу. К.: ВД «Дакор», 2015. 335 с.
 11. Gautrais V. Y a-t-il une lex electronica? [Електронний ресурс] / Vincent Gautrais – Режим доступу до ресурсу: <https://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol30/no21/lex.html>.
 12. Maniruzzaman A. F. M. The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? // American University International Review. 1999. Vol. 14, Issue 3. P. 657-734.
 13. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю (1996 рік) з додатковою статтею 5 bis, прийнятою у 1998 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html
 14. Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронні підписи та Керівництво з прийняття (2001 рік) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/ml-elecsig-r.pdf>.
 15. Murray A. D. The regulation of cyberspace. Control in the Online Environment. N. Y.: Routledge-Cavendish, 2007. 274 p.
 16. Plateforme ODR: règlement en ligne des litiges de l'e-commerce [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.rtbef.be/info/societe/onpdp/detail_plate-forme-odr-reglement-en-ligne-des-litiges-de-l-e-commerce?id=9703633.

Анотація. Стаття присвячена дослідженню онлайн-арбітражу – його поняттю, ознакам та перспективам впровадження в Україні. Онлайн-арбітраж визначається повноцінним способом незалежного, неупередженого та ефективного вирішення спорів, що виникають з договірних та недоговірних відносин, шляхом використання електронних засобів передачі та зберігання інформації. Метою його застосування визначено швидке та економічне вирішення спору без врахування формальних процедурних правил. Правова природа онлайн-арбітражу визначається похідною від природи класичного арбітражу (як і в класичному арбітражі, в онлайн-арбітражі увага приділяється забезпеченню незалежності та неупередженості осіб, залучених до врегулювання

спорів). Однією з основних особливостей онлайн-арбітражу визначена його делокалізація. Означена особливість обумовлена транскордонною природою електронної комерції. Доволі складно пов'язати онлайн-арбітраж з будь-яким правопорядком. Онлайн-арбітраж не може розглядатися як явище кіберпростору, цілком виключене з правової сфери, і вимагає відповідного правового регулювання як на міжнародному, так і на національному рівні. Окрема увага приділена розвитку *Lex electronica* – транснаціональному праву електронної торгівлі, системі норм міжнародно-правового характеру, які регулюють відносини, підставою виникнення яких є транснаціональні правочини в електронному середовищі. Визначено переваги та недоліки застосування онлайн-арбітражу.

Ключові слова: онлайн-арбітраж, альтернативне вирішення спорів, *lex electronica*, делокалізація, електронна комерція.

Аннотация. Статья посвящена исследованию онлайн-арбитража – его понятию, признакам и перспективам внедрения в Украине. Онлайн-арбитраж определяется полноценным способом независимого, непредвзятого и эффективно-го решения споров, возникающих из договорных и недоговорных отношений, путем использования электронных средств передачи и хранения информации. Целью его применения определено быстрое и экономичное решение спора без учета формальных процедурных правил. Правовая природа онлайн-арбитража определяется производной от природы классического арбитража (как и в классическом арбитраже, в онлайн-арбитраже внимание уделено обеспечению независимости и непредвзятости лиц, привлеченных к урегулированию споров). Одной из основных особенностей онлайн-арбитража определена его делокализация. Данная особенность обусловлена трансграничной природой электронной коммерции. Довольно сложно связать онлайн-арбитраж с конкретным правопорядком. Онлайн-арбитраж не может рассматриваться как явление киберпространства, полностью исключенное из правовой сферы, и требует соответствующего правового регулирования как на международном, так и на национальном уровне. Отдельное внимание уделено развитию *lex electronica* – транснациональному праву электронной торговли, системе норм международно-правового характера, регулирующих отношения, основанием возникновения которых являются транснациональные сделки в электронной среде. Определены преимущества и недостатки применения онлайн-арбитража.

Ключевые слова: онлайн-арбитраж, альтернативное решение споров, *lex electronica*, делокализация, электронная коммерция.

Summary. The paper analyses the issue of Online arbitration, including its concept, indications and prospects for implementing under the legislation of Ukraine. Online arbitration is defined as a high-grade independent, impartial and efficient mean of resolving disputes posed by treaty and non-treaty relations through the use of the digital transmission and preservation data methods. The aim of its application is defined as

rapid and cost-effective resolution of a dispute without necessity of compliance with procedural rules pro forma. The legal nature of Online arbitration is identified as a derivative from the legal nature of classic arbitration (as with the classic arbitration, attention is being given to the provision of independence and impartiality of persons involved in dispute resolution). Delocalization of Online arbitration is considered as one of its key features. The specified feature resulted from the e-commerce cross-border nature. It is difficult enough to link Online arbitration and any national law. Online arbitration cannot be considered as a cyberspace phenomenon which is excluded from the legal scope and there is a need for its legal settlement under both international and national levels. Special attention is given to the development of Lex electronica – transnational e-commerce law which is an international system of rules to regulate relations in transnational deals in an electronic environment. Advantages and weaknesses of Online arbitration are defined.

Key words: Online arbitration, Alternative Dispute Resolution, lex electronica, delocalization, e-commerce.

MONEY LAUNDERING IN INTERNATIONAL ARBITRATION: VIEW FROM ENGLISH LAW PERSPECTIVE

Boiarskyi I. D. (Ukraine)

Candidate of Science of Law, guest researcher, Department of International Private Law and Comparative Law Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of NALS of Ukraine

This article approaches the problem of money laundering schemes, appearing before international commercial arbitration from the perspective of English law. Author explains potential scenarios of money laundering and analyses various possibilities for arbitrators to react thereon on either jurisdictional, or merits stage of proceedings.

Key words: money laundering, international commercial arbitration, dispute, international public policy, mandatory rules, consent awards.

Confidentiality as well as private nature of international commercial arbitration are among its traditional advantages over dispute resolution in the state courts. They enhance confidence in both parties to the dispute when the latter concerns commercially sensitive issues, and facilitates maintaining friendly relations between them. However, the practice shows that these very advantages have made international commercial arbitration attractive also for the purpose of creating a veil of legality for operations, that are illegal by their nature. From time to time international commercial arbitration proceedings become a part of a well-elaborated scheme, aimed at laundering «dirty» money and escape from state control.

This article addresses the subject-matter from standpoint of international arbitrators in situation, when none of the parties has raised money laundering as an objection against jurisdiction of the tribunal or as a defence on merits. Furthermore, given that CIS businesses tend to refer large disputes for consideration to international arbitration venues, seated in England, author shall proceed with the analysis based on English law and take into account arbitration rules of the London Court of International Arbitration.

Existing Money Laundering Scenarios Appearing In International Arbitration Proceedings

Scenario 1

Money launderer acquires commodities at a significantly higher price, compared to market price, from a foreign seller and pays with «dirty» money. Additional margin convinces the seller to disregard the question of origin of money. Then the buyer resells the commodities to a third party at a spot price. Transaction results in a loss to the money launderer, but instead he becomes able to account for seemingly legitimate revenues [1, p. 1022].

Scenario 2

Company A brings a fake claim for damages based on forged evidence against Company B. Company A obtains an arbitral award in its favour, under which Company B is

liable in damages of certain amount. Company B settles the debt out of proceeds from illegal activities [1, p. 1021].

Scenario 3

Company A and Company B entered into a joint venture agreement, under which Company A undertook to make investments in Company B in exchange for a share of profits from Company B's business. In order to fulfill its obligations under the joint venture agreement Company A procures a loan from Company C in exchange for a share of its profits from joint venture.

Meanwhile, Company C purchased commodities from Company B at price lower compared with the actual market and resold them to third parties at market price. Company C used emerged profit to give a loan to Company A, and then forgiving the loan as a bad debt.

Subsequently, when Company B distributed Company A's share of the profits, Company A transmitted a share thereof to Company C as per the loan agreement.

Eventually, Company C obtained profits from sale of commodities as well as from the joint venture between Company A and Company B. Then these illegitimate profits were extracted by individuals behind the scheme by way of, among other things, Company C's credit cards used for personal expenses [1, p. 1022].

Scenario 4

A legal entity, incorporated in a country with a reputation of a drug-producer, purchases a piece of immovable property from a European real estate seller at strongly inflated price. In the arbitral proceedings the complicit buyer accepts the seller's claim and the arbitral tribunal renders an award by consent [2, p. 49-50].

This scenario can include variations, like weak defense of respondent instead of settlement agreement.

Scenario 5

Bank A opened a correspondent account in Bank B and deposited substantive amount of money therein. Foreign Company, usually incorporated in as offshore jurisdiction, obtains a credit from Bank B, mortgaged by Bank A. Management of the Company possesses personal ties with high management of Bank A. Company failed to return the credit and based on this circumstance Bank B levied money from Bank A's account [3].

Warning Signs of Money Laundering

International arbitration practitioners managed to elaborate the following warning signs of money laundering operations [4, p. 247]:

- legal entities involved are often recently incorporated;
- their activities are of nature that does not require any real investment;
- the contract in question is rarely detailed or well drafted;

– the dispute is one-sided. If the issues being raised in the dispute are covered by clear terms in the contract and settled law, it would seem unreasonable to go to arbitration and incur unnecessary costs;

– lack of documentation. If there is a lack of contemporaneous documentation which will evidence the background to the dispute, or the party/parties is/are not willing to provide the tribunal with such information;

– lack of activity on the part of the business. While some criminals will take trouble of setting up and running a real business as a front for criminal activity, businesses which are actually operating often need to register for tax, file accounts, and could be subject to inspection by trading standards or other regulators. As such, shelf companies or other dormant front business can be preferred laundering vehicles for criminals. It is therefore suggested to consider whether the businesses on either side of the dispute have the type of web presence, directory or registry listings and accounts that you would expect to see for the type of business they purport to be.

Ways for Arbitrators to Proceed

According to A. Redfern and M. Hunter, if an arbitrator has grounds for suspecting criminal offence, each party should be given opportunity to provide explanations [4, p. 248]. Based on other sources the tribunal is entitled to conduct investigation within the limits of its jurisdiction. In any event, having obtained additional information on facts of the matter the tribunal can proceed as follows.

Denial of Jurisdiction

Lack of Dispute

Following the view of A. Redfern and M. Hunter, in cases of money laundering or other manipulation of process by the parties, the tribunal should terminate the proceedings due to a lack of actual dispute [4, p. 248].

Unlike investor-State and/or State-to State arbitration and/or other international legal proceedings, in international commercial arbitration the matter of existence of a dispute is almost never risen as a jurisdictional objection. However, in *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport* the English High Court of Justice analyzed previous court practice on interpretation of the term «dispute» in the context of arbitration and formulated, among others, the following criteria [5]:

«[...]

3. *The mere fact that one party (whom I shall call «the claimant») notifies the other party (whom I shall call «the respondent») of a claim does not automatically and immediately give rise to a dispute. It is clear, both as a matter of language and from judicial decisions, that a dispute does not arise unless and until it emerges that the claim is not admitted.*

4. *The circumstances from which it may emerge that a claim is not admitted are Pro-
tean. For example, there may be an express rejection of the claim. There may be discussions between the parties from which objectively it is to be inferred that the claim is not admitted. The respondent may prevaricate, thus giving rise to the inference that he does*

not admit the claim. The respondent may simply remain silent for a period of time, thus giving rise to the same inference.

[...]

7. If the claim as presented by the claimant is so nebulous and ill-defined that the respondent cannot sensibly respond to it, neither silence by the respondent nor even an express non-admission is likely to give rise to a dispute for the purposes of arbitration or adjudication.

[...]»

Accordingly, in order for a dispute to emerge, two essential elements must be present: (1) submission of a certain claim from the one side, (2) rejection of the claim from the other side. This test goes in line with the definition of a dispute, given by the International Court of Justice in its Judgment on Preliminary Objections in *Ethiopia v. South Africa* and *Liberia v. South Africa* case, namely in order for a dispute to emerge. «[i]t must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other» [6].

Furthermore, the abovementioned citation suggests that the court and or an arbitral tribunal should assess existence of a dispute objectively, not evaluating whether claims of both parties are genuine and/or made in good faith. The same approach has been taken in *Marshall Islands v. United Kingdom* case, where the International Court of Justice noted as follows [7]:

«39. Whether a dispute exists is a matter for objective determination by the Court which must turn on an examination of the facts [...]. For that purpose, the Court takes into account in particular any statements or documents exchanged between the parties [...], as well as any exchanges made in multilateral settings [...]».

Although the international State-to-State jurisprudence is not directly relevant to the relevant LCIA arbitration matter, it may be taken into account by way of analogy, given that legal technique for establishment of existence of legal disputes seems to be rather better developed in international law, compared to domestic law.

Accessible English arbitration practice gives no clear guidance on the matter. Below a citation is given from a confidential award, rendered by GAFTA first-tier arbitral tribunal in a matter arising out of a breach of a supply contract. While a seller submitted a number of claims, including for price for unpaid goods, a buyer submitted that they did not object against their duty to pay for delivered goods, would use best efforts to pay the debt and remained open to any negotiations on settlement of this debt (in fact implying conclusion of a series of new supply contracts with higher price, so that the buyer could settle the debt via several payments as per different contracts). The Tribunal decided as follows:

«5.4. Whilst admitting that USD [XXX] are due to the Sellers under the Contract, Buyers have contended that this aspect of the present arbitration proceedings «was not necessary» because they have allegedly always remained committed to pay for the delivered goods. It is unclear what effect Buyers purport to derive from this statement. Part of the [XXX] MT of the goods delivered under the Contract were not paid and Sellers were entitled to demand payment in accordance with the dispute resolution mechanism agreed upon in the Contract. **ACCORDINGLY, WE FIND THAT** Buyers must pay

Sellers the outstanding balance of the price of the goods delivered under the Cont[r]act in the amount of USD [XXX]» [underlining added]

It is worth noting that in the present case the buyer himself failed to characterize his concession of a duty to pay as an evidence of lack of a dispute, challenging thereby jurisdiction of the tribunal. At the same time the tribunal did not find it necessary to consider *proprio motu* the issue of existence of a relevant dispute as a jurisdictional one. However, GAFTA arbitrators are by definition not professional lawyers, but traders, so that their view may not serve as a decent guidance on the question at hand.

Therefore, as long as both parties objectively signify (expressly or by silence) divergence of positions upon a particular legal matter, there seems to be no ground for the Tribunal to enter into assessment of subjective intentions of both parties behind their claims.

Even in case where both parties present fake contract as alleged ground for their dispute, still, once the Tribunal finds that the contract was forged, it should not refuse to consider the matter for lack of jurisdiction, and/or more precisely – the dispute, but rather should dismiss the claim for being unfounded.

Non-validity of Arbitration Agreement

Section 7 of the Arbitration Act of 1996 embodies a general principle of separability of arbitration agreement, implying that non-validity of main contract by itself shall have no effect upon validity of the main agreement [8]. However, there may be a situation when the ground for non-validity of the main contract comprises a ground for non-validity of arbitration agreement as well.

Further reference is being made to par. 17 of *Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Ors v Fili Shipping Company Ltd*, reading as follows [9]:

«The arbitration agreement must be treated as a «distinct agreement» and can be void or voidable only on grounds which relate directly to the arbitration agreement. Of course there may be cases in which the ground upon which the main agreement is invalid is identical with the ground upon which the arbitration agreement is invalid. For example, if the main agreement and the arbitration agreement are contained in the same document and one of the parties claims that he never agreed to anything in the document and that his signature was forged, that will be an attack on the validity of the arbitration agreement. But the ground of attack is not that the main agreement was invalid. It is that the signature to the arbitration agreement, as a «distinct agreement», was forged.»

Moreover, in *Soleimany v Soleimany* the English Court of Appeals explained that *«[t]here may be illegal or immoral dealings which are from an English law perspective incapable of being arbitrated because an agreement to arbitrate them would itself be illegal or contrary to public policy under English law»* [10].

In case the tribunal establishes that both the main contract and the arbitration agreement formed elements of a single money laundering scheme to obtain an arbitral award of required content, then there are potential grounds to find that arbitration agreement is also tainted by illegality – being in fact part of an arrangement to transfer proceeds from criminal conduct. In that case, the arbitral agreement may be found void entailing lack of jurisdiction for the tribunal.

Dismissal of Claim on Merits

Assuming that the tribunal did accept its jurisdiction over the matter, proper performance of its adjudicative function shall require the tribunal to render enforceable award. Should the award be tainted by money laundering, the tribunal has two options how to proceed to dismiss the claim.

International Public Policy

The first option would be to hold the underlying contract as invalid for being not compatible with an international public policy, and therefore to dismiss the relevant claim.

As the tribunal explained in *World Duty Free Company Limited v. Kenya* case, objective existence of international/transnational public policy can be identified through international conventions, comparative law and arbitral awards.

International Conventions

With respect to the issue of money laundering, the following international conventions are worth noting:

1988 *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, that is binding on 190 States-parties and requires the States-parties to criminalize money laundering of proceeds from drug trafficking in Article 3;

2000 *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, that is binding upon 189 States-parties and which criminalizes laundering of proceeds of a crime in Article 6;

2005 *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*, that is binding upon 34 States-parties and requires the States-parties to criminalize laundering proceeds of a crime in Article 9.

EU Law

Apart from international conventions, EU law also has relevance due to the assumed seat of arbitration (England).

Forth EU Directive 2015/849 of 20 May 2015 on the *Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering on Terrorist Financing*, which defines in Article 1 «money laundering» as follows [12]:

«(a) the conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such activity, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such activity to evade the legal consequences of his action;

(b) the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such activity;

(c) the acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from criminal activity or from an act of participation in such activity;

(d) participation in, association to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the actions mentioned in the foregoing points».

National Legislation

As far as national legislations are concerned, most of them do outlaw money laundering. For the purpose of this article

United Kingdom

Sections 328-329 of the Proceeds of Crime Act 2002 [13].

Ukraine

Articles 209-209¹ of the Criminal Code of Ukraine [14].

Despite the abovementioned convergence, Andrew de Lothiniere McDougall notes lack of consensus among jurisdictions regarding the precise definition of «money laundering», or regarding the list of predicate offences upon which the offence of money laundering may be based [1, p. 1029]. Accordingly, although the rule on prohibition of money laundering can be treated as forming part of international public policy, the strength of reliance thereon would depend on the perceptions of relevant national courts of the jurisdiction, where the award is rendered or where its enforcement is sought [1, p. 1030].

Mandatory Rules

Another option for the tribunal would be to render the underlying contract invalid based on the mandatory rule of *lex contractus*, prohibiting money laundering, or based on relevant overriding mandatory rules of the law other than the *lex contractus*.

Should those be mandatory rules of *lex contractus*, the task of the tribunal would be straightforward. However, in case of application of overriding mandatory rules, then based on Article 9 of the *Rome I Regulation On The Law Applicable to Contractual Obligations*, the tribunal will have to (1) assess whether the rule on prohibition of money laundering emerges from jurisdiction, where the performance of the contract has taken place or shall take place, (2) assess whether the said rule renders performance of the contract unlawful, (3) take into account nature and purpose of the rule, including whether it is regarded as crucial by a relevant country for safeguarding its public interests [15]. However, given that the Regulation is not directly binding upon the tribunal, the latter may use it as guidance for establishment and application of overriding mandatory rules of third countries (other than the place of performance of the contract).

Unlike reliance upon vague notions of international public policy application of particular overriding mandatory rule seems to be relatively more convincing in terms of substantiation of the award itself, as well as more convincing in the eyes of enforcement courts.

Treatment of Consent Awards

With reference to Scenario 4 above, it becomes apparent that an arbitral tribunal should be cautious facing request of both parties to grant approval to their settlement agreement.

Article 26.9 of the LCIA Arbitration Rules and Section 51(2) of 1996 Arbitration Act grant discretion to arbitral tribunal to decide, whether to render an arbitral award recording the settlement. Instead, Section 51(2) of the Arbitration Act of 1996 puts a duty on the tribunal to terminate the proceedings and record the settlement in a form of an agreed award, unless the tribunal has its own objection [8].

According to B. Harris, R. Planterose and J. Tecks the purpose of the right of a tribunal to object against rendering consent award is to allow the tribunal to protect its own position and to refuse to make award, if the settlement contains some objectionable feature that might compromise the tribunal [16, p. 247]. In particular, G. Born noted that fraud, corruption and violations of applicable mandatory law, including money laundering regulations, constitute well-founded bases for a tribunal to refuse in approving settlement of parties [17, p. 3025].

The same approach is provided in par. 4.3 of the CI Arb Guideline 12: *The Proceeds of Crime Act 2002: Guidance for arbitrators and mediators* [18]:

«If an arbitrator knows or suspects that a request for an agreed award is, or may be, a prelude to an arrangement by which criminal property is to be acquired, retained, used or controlled he should of course refuse to issue such an award (as permitted by Section 51(2)).» [underlining added]

Conclusion

Based on the abovementioned analysis the author takes view that in case international arbitrators find that the case referred under their consideration involves money laundering operation, they should verify, whether the arbitration agreement was also tainted by illegality – in other words, it was concluded with money laundering purposes. If so, such an agreement should be treated as void, depriving arbitrators of jurisdiction.

Otherwise, having proceeded to the merits stage international arbitrators should concentrate their attention on compatibility of future award with international public policy and/or applicable mandatory rules, prohibiting money laundering operations. In particular, caution must be taken before rendering consent awards, based on parties' settlement agreement.

LIST OF SOURCES:

1. A. de Lothiniere McDougall, *International Arbitration and Money Laundering*, American University International Law Review, Vol. 20, No. 5 (October 2005). – P. 1021-1054.
2. K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration. On applicable law and evidence*, Cambridge University Press, 2017. – 361 p.
3. *Vienna Prosecution Office Investigates Money Laundering of USD 12 mln from Ukrainian Banks Through Meinel Bank*. 1 March 2017. – [Електронний ресурс]. – URL: <<http://nashigroshi.org/2017/03/01/prokuratura-vidnya-rozsliduje-vidmyvannya-12-milyardiv-z-ukrajinskyh-bankiv-cherez-meinel-bank/>>
4. A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Fourth Edition, 2004. – 720 p.
5. *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport* [2004] EWHC 2339 (TCC). – [Електронний ресурс]. – URL: <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/291.html>>
6. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Judgment of 21 December 1962. ICJ. – [Електронний ресурс]. – URL: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/46/046-19621221-JUD-01-00-EN.pdf>>
7. *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of The Nuclear Arms Race And To Nuclear Disarmament (Marshall islands v. United Kingdom)*, Judgment of 5 October 2016. ICJ. – [Електронний ресурс]. – URL: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/160/160-20161005-JUD-01-00-EN.pdf>>
8. *Arbitration Act 1996*. – [Електронний ресурс]. – URL: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>>
9. *Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Ors v Fili Shipping Company Ltd* [2007] UKHL 40. – [Електронний ресурс]. – URL: <https://www.trans-lex.org/312142/_/fiona-trust-holding-corp-v-privalov-%5B2007%5D-ukhl-40/>
10. *Soleimany v Soleimany* [1998] APPL.R. 02/19. – [Електронний ресурс]. – URL: <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzarbitrationLawReports/Soleimany%20v%20Soleimany%201998.pdf>>
11. *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*. – ICSID Case No. ARB/00/7. – [Електронний ресурс]. – URL: <<https://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>>
12. *Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament And Of The Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC*. – [Електронний ресурс]. – URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ%3AJOL_2015_141_R_0003>
13. *Proceeds of Crime Act 2002*. – [Електронний ресурс]. – URL: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/328>>
14. *Кримінальний кодекс України*. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131.
15. *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*. OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16. – [Електронний ресурс]. – URL: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>>

16. B. Harris, R. Planterose, J. Tecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*. – 4th Edition. Blackwell Publishing. – 507 p.
17. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Second Edition. Wolters Kluwer, 2014. – 3950 p.
18. CIArb Guideline 12: *The Proceeds of Crime Act 2002: Guidance for arbitrators and mediators*. – [Електронний ресурс]. – URL: <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/other-practice-guidelines/proceedsofcrimeact2012.pdf?sfvrsn=6>>

Боярский Е. Д.

Стаття стосується проблеми схем по відмиванню грошей, які постають перед міжнародним комерційним арбітражем з точки зору англійського права. Автор наводить можливі сценарії відмивання грошей та аналізує різноманітні способи реагування на них зі сторони арбітрів на юрисдикційній стадії, або ж на стадії розгляду справи по суті.

Ключові слова: відмивання грошей, міжнародний арбітраж, спір, міжнародний публічний порядок, імперативні норми, арбітражне рішення на погоджених умовах.

Боярский Е. Д.

Статья касается проблемы схем по отмыванию денег, которые возникают перед международным коммерческим арбитражем с точки зрения английского права. Автор приводит возможные сценарии отмывания денег и анализирует различные способы реагирования на них со стороны арбитров на юрисдикционной стадии, или же на стадии рассмотрения дела по существу.

Ключевые слова: отмывание денег, международный арбитраж, спор, международный публичный порядок, императивные нормы, арбитражное решение на согласованных условиях.

ДЛЯ НОТАТОК

ДЛЯ НОТАТОК

ДЛЯ НОТАТОК

ДЛЯ НОТАТОК

ДЛЯ НОТАТОК

ДЛЯ НОТАТОК

НЬЮ-ЙОРКСЬКА КОНВЕНЦІЯ ПРО ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ІНОЗЕМНИХ АРБІТРАЖНИХ РІШЕНЬ: 60-РІЧНА ІСТОРІЯ УСПІХУ

*V Міжнародні арбітражні читання пам'яті
академіка І. Г. Побірченка
4 жовтня 2018 року*

Збірник доповідей і статей

Над випуском працювали:

Селівон М.Ф.

Ємельянова І.І.

Даценко К.О.

Комп'ютерна верстка та дизайн:

Задворний С.В.

Підписано до друку 03.05.2019. Формат 70х100/16.
Гарн. Minion Pro. Умовн.-друк. арк. 11,5
Друк офсетний. Папір офсетний. Наклад 300 прим.

Замовлення №19-045



Видавець ТОВ «Юридичний світ»

02140, м. Київ, вул. Бориса Гмирі, 2, офіс 17

тел./факс: (067) 463-48-77. E-mail: gazeta@legalweekly.com.ua

<http://www.legalweekly.com.ua>

(Свідцтво суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції –
серія ДК №3842 від 22.07.2010 р.

Віддруковано в «КЖД «Софія»

08000, Київська обл., смт. Макарів, вул. Першотравнева, 65.