

«ПРОАРБІТРАЖНІ» ЗМІНИ ДО ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ У КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ



І. ВЕНЕДІКТОВА

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету
імені В. Н. Каразіна*

Питання арбітрабельності спорів відповідно до українського законодавства є важливим не лише для розвитку арбітражного процесу в державі, а й для поліпшення інвестиційного клімату, розвантаження судової системи, підняття правової свідомості і культури населення. Будь-яка альтернатива (а не лише альтернатива державним судам при розгляді суперечок) спонукає інституції працювати краще, відповідальніше, професійніше, а отже, треба дбати про майбутнє конструкцій альтернативного вирішення спорів, закладаючи правильні сценарії розвитку інвестиційних та інших комерційних процесів у нашій державі в проектне законодавство. Зараз маяком судової реформи в державі є прийняття проекту Закону України від 23 березня 2017 р. № 6232 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким суттєво змінюються три кодекси — Господарський процесуальний кодекс України (далі — ГПК України), Цивільний процесуальний кодекс України

(далі — ЦПК України) та Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАС України). Серед різних важливих положень про повернення до триланкової системи судочинства, засад запровадження електронного правосуддя, розширення кола спрощених процедур, встановлення відповідальності за зловживання правами прослідковується і «проарбітражна» динаміка.

Історично складається так, що розвинуті європейські країни пріоритетно ставляться до міжнародного комерційного арбітражу як до носія європейських цінностей розумності, адекватності, професійності та етичності у сфері вирішення спорів, що здатен оперативно змінюватися відповідно до вимог сьогодення. Натомість країни, які розвиваються, міжнародний комерційний арбітраж залишають декларативним інститутом, позбавляючи внаслідок законодавчих заборон та обмежень розглядати спори, що мають значну економічну або соціальну цінність. І це належить до питання правової свідомості громадянського суспільства, кастовості судового корпусу, феодалного мислення державної влади та

політичних еліт. Тому вкрай важливо, щоб окреслений «арбітражний напрям» залишався реальним, дієвим та ефективним механізмом, а не лише можливістю на папері.

Якщо звернутися до проекту ГПК України (станом на 1 липня 2017 р.; велика кількість запропонованих змін значно змінюють кодекс, а отже, можна впевнено стверджувати про проект нового кодексу), необхідно вказати на ті статті, які стають «проарбітражними» і які часом викликають подив і непорозуміння. У статті 4 прописано право на звернення до господарського суду. Зокрема, у ч. 5 зазначеної статті вказано: «Угода сторін про передачу спору на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу) допускається. До міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що відповідає вимогам, визначеним в законодавстві України про міжнародний комерційний арбітраж, 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». Хочемо звернути увагу на те, що в цьому абзаці, який ніби то є ввідним, початковим і нейтральним, міститься одночасно дві протилежні концепції побудови й функціонування третейських та арбітражних судів: упершому реченні вони поєднуються (арбітраж іде в дужках поза третейством), а далі — розділяються, адже кожному з них присвячений окремий абзац. І це є суттєвим моментом, адже на сьогодні характерним для України залишається поділ на арбітражне судочинство і третейське судочинство. У частині 4 ст. 1 Закону України «Про третейські суди» чітко вказано, що дія цього закону не поширюється на міжнародний комерційний арбітраж. А в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» зазначено, що

«"арбітраж" — {це} будь-який арбітраж (третейський суд) незалежно від того, чи утворюється він спеціально для розгляду окремої справи, чи здійснюється постійно діючою арбітражною установою"». Такий рудимент свідчить про те, що законодавство в сфері альтернативного вирішення спорів залишається територією, яку воліють «не рухати». Громадянське суспільство інтуїтивно розуміє, що необхідно шукати інші, відмінні від державних, способи вирішення спорів. І арбітражне судочинство — це найкращий варіант у тому випадку, коли воно будується на засадах доброчесності, високих стандартах репутаційної відповідальності, яка підкріплюється юридичною відповідальністю. Те, що третейське судочинство зганьбило себе у 2010–2012 рр. «відлунує» тим, що арбітражне судочинство «відхрещується» від найменшого натяку на видове споріднення. Хоча в усьому світі третейське судочинство поділяється на внутрішнє та зовнішнє — міжнародний комерційний арбітраж. Отже, незрозуміло, чи проект ГПК України запроваджує розуміння міжнародного арбітражу як видового поняття третейського судочинства чи ні. Якщо так, то тоді необхідно змінювати інші законодавчі акти в такому розрізі. Або це все ж таки різні інституції і тоді треба звернутися до коректного формулювання положень проекту ГПК України.

Важливо приділити увагу і ст. 23 проекту ГПК України про право сторін на передачу спору на розгляд третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу. У частині 1 цієї статті вказуються категорії спорів, які не можна передавати на розгляд третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу (такий прийом законодавчої техніки знову вказує на споріднення зазначених категорій). До них відносяться спори: про визнання недійсними актів про державну реєстрацію або облік прав на нерухоме майно; прав інтелектуальної власності;

прав на цінні папери; що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів про державні закупівлі; щодо приватизації майна; що виникають із корпоративних відносин (зокрема у спорах між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), зокрема учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи)); що виникають із відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції; обмеженням монополізму в господарській діяльності; захистом від недобросовісної конкуренції; про банкрутство та у спорах із майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, зокрема справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником, стягнення заробітної плати, поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника; про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження у справі про банкрутство; щодо оскарження актів (рішень) суб'єктів господарювання та їхніх органів, посадових і службових осіб у сфері організації та здійснення господарської діяльності; про оскарження рішень третейських судів та про видачу наказу на примусове виконання рішень третейських судів, між юридичною особою та її посадовою особою (зокрема посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, завданих юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи, за позовом власника (учасника, акціонера) такої юридичної особи, поданим в її інтересах; щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, визнання недійсними актів, що порушують права на майно (майнові права), якщо такі вимоги є похідними від спору щодо

такого майна або майнових прав чи спору, що виник із корпоративних відносин, якщо цей спір підлягає розгляду в господарському суді і переданий на його розгляд разом із такими вимогами; щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують або на підставі яких виникають такі права, або які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси; про визнання торговельної марки добре відомою; у спорах, 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; інших спорів, які відповідно до закону не можуть бути передані на вирішення третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу.

Як бачимо, список неарбітрабельних спорів достатньо великий. Для відповіді на запитання, наскільки він є обґрунтованим, необхідно звернутися до розуміння арбітрабельності за міжнародним правом.

Основа для визначення арбітрабельності спору необхідно шукати в Нью-Йоркській конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. У статті 2 якої зазначається, що договірні сторони визнають письмову згоду, за якою сторони зобов'язані передавати до арбітражу всі або окремі спори, що виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з конкретними договірними або іншими правовідносинами, об'єкт яких може бути предметом арбітражного розгляду.

Типовий закон ЮНСІТРАЛ щодо міжнародного торговельного арбітражу від 21 червня 1985 р. (зі змінами від 2006 р.) встановлює категорію «неарбітрабельності» і містить такі положення:

1) цей закон не впливає на дію будь-якого іншого закону конкретної держави, внаслідок чого певні спори не можуть передаватися до арбітражу (ч. 5 ст. 1);

2) арбітражне рішення може бути скасовано судом лише у випадках, коли: а) одна зі сторін арбітражної угоди була недієздатною; сторона не була належним чином повідомлена про призначення арбітра або про арбітражний розгляд або з інших причин не змогла надати свої аргументи; арбітражне рішення ухвалене зі спору, який не передбачений для вирішення в арбітражі, або такому, що не підпадає під умови звернення до арбітражу, або містить постанови за питаннями, що виходять за межі сфери застосування арбітражної угоди; якщо склад арбітражного суду або арбітражна процедура не відповідали згоді сторін; б) суд визначить, що предмет спору не підлягає арбітражному розгляду за законодавством цієї держави або арбітражне рішення суперечить публічному порядку цієї держави (ч. 2 ст. 34);

3) підставами для відмови у визнанні та виконанні рішень можуть бути ті самі підстави, які перелічені вище (ч. 1 ст. 36), що також вказує на сформованість категорії «неарбітрабельність».

Звісно, залежно від кожної конкретної держави будуть змінюватися законодавчі та доктринальні підходи до арбітрабельності спорів.

Для всіх правопорядків є характерною вимога арбітрабельності — арбітражне рішення неповинне суперечити публічному порядку. При цьому під публічним порядком інколи розуміється дуже широкий пласт відносин. А відповідно до теорії міжнародного права категорія публічного порядку може застосовуватися у розрізі двох доктрин — позитивного і негативного застереження. За позитивним застереженням (франко-італійська доктрина) завжди застосовується пласт норм національного права заради захисту

моральних і суспільних основ держави, навіть якщо колізійна норма відсилає до іноземного права. У цьому ракурсі створений Закон України від 19 березня 1996 р. № 93/96-ВР «Про режим іноземного інвестування». За негативним застереженням (германська доктрина) не застосовується норма іноземного права з огляду на властивості самої норми. Яскравим прикладом є ст. 12 Закону України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV «Про міжнародне приватне право», відповідно до якої норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. У таких випадках застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України.

За правовим висновком Верховного Суду України, що міститься у постанові від 13 квітня 2016 р. № 6-1528цс15, порушення публічного порядку — це порушення конституційних прав і свобод людини та громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Таким чином, йдеться про порушення публічно-правових норм, які мають імперативний характер і визначають основні засади суспільного ладу в державі.

Крім того, не можна не звернути увагу на те, що поняття «публічний порядок» залишається базовим поняттям, завдяки якому з арбітрабельних спорів *a priori* виключаються спори у валютній, митній, природоресурсній, податковій, антимонопольній сфері, сфері банкрутства, фондового ринку тощо.

Протягом останніх років популярність вирішення спорів шляхом звернення до Міжнародного комерційного

арбітражного суду і Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України (далі — МКАС і МАК при ТПП України) залишається на високому рівні. Тенденції статистичного спаду обумовлюються лише об'єктивними чинниками політичного та економічного стану в країні. У 2016 р. у провадження цієї інституції було прийнято 553 справи, тоді як у 2015 р. — 922. У зв'язку з цим зусилля наукової спільноти мають бути спрямовані на вдосконалення арбітражного законодавства, що вбачається абсолютно обґрунтованим.

Разом із цілком позитивними змінами, які пропонується внести в арбітражне законодавство (затвердження апеляційного суду міста Києва як суду першої інстанції у питаннях, пов'язаних із судовим контролем і сприянням діяльності міжнародного комерційного арбітражу; створення процесуального механізму реалізації повноважень МКАС при ТПП України щодо судового сприяння в отриманні доказів, необхідних для арбітражного провадження; регламентація порядку розгляду судами клопотань про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражного суду, розташованого на території України), виникає занепокоєність відносно змін до ГПК України стосовно арбітрабельності спорів.

Частина 2 ст. 23 проекту ГПК України також вносить непорозуміння у практичну площину її реалізації: «Спори, передбачені пунктом 3 (корпоративні) частини першої статті 21 цього Кодексу, що виникають з договору, можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу лише на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками». За загальним правилом, спір до арбітражного суду може бути переданий лише за наявності валидного арбітражного застереження (або угоди) і лише відносно сторін цієї угоди. Таким чином, абсолютно незро-

зумілим є внесення корпоративних спорів до неарбітрабельних у ч. 1 ст. 23 проекту ГПК України з тим, аби прописати їх можливість у ч. 2. Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4002-ХІІ «Про міжнародний комерційний арбітраж» зазначає про арбітрабельність спорів між учасниками підприємств з іноземними інвестиціями, створеними на території України. Реформа 2011 р. щодо змін у ст. 12 ГПК України значно звузила можливості арбітражного розгляду такої категорії справ, але реформа 2017 р. може взагалі нівелювати привабливість міжнародного комерційного арбітражу в Україні, роблячи коридор для розгляду корпоративних спорів в інших юрисдикціях.

Крім цього, другий абзац цієї частини сформульований таким чином: «Цивільно-правові аспекти спорів, зазначених у пунктах 2, 7 частини першої, пункті 6 частини другої статті 21 цього Кодексу, можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу». Що мається на увазі під «цивільно-правовим»? Питання юридичного обслуговування і функціонування юридичних осіб є комплексними, а комерційні спори зазвичай мають цивільно-правову і господарсько-правову природу. Яким чином тлумачити цю норму? Положення проекту ГПК України відсилає нас до ст. 1 ЦК України. І тоді ми повертаємося до суто доктринальної дискусії про наявність господарського права, співвідношення його з цивільним тощо.

Кроком назад є віднесення до неарбітрабельних спорів щодо приватизації майна, спорів, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, з майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство. Прийняття нових процесуальних кодексів є важливим етапом не лише в реформуванні судової гілки влади, а й може стати провісником зміни правової політики в

нашій державі на користь вектору «*arbitration friendly*». Подібні вдосконалення потребують фахового підходу і системного аналізу законодавчої бази у сфері регулювання економічних про-

цесів з обранням позиції формування законодавчого підходу — закріплювати арбітрабельність комерційних спорів у ГПК України або в спеціальних законах.

Венедіктова І. «Проарбітражні» зміни до Господарського процесуального кодексу України у контексті судової реформи

Анотація. Статтю присвячено аналізу обсягу арбітрабельності відповідно до українського законодавства у розрізі прийняття змін до процесуальних кодексів. порушуються питання видового споріднення третейського судочинства та арбітражу, поділу третейства на внутрішнє і зовнішнє. Аналізуються категорії справ, які є неарбітрабельними у зв'язку зі своєю правовою природою або є такими внаслідок національних законодавчих обмежень кожної держави. Розглядається категорія публічного порядку як критерій можливості розгляду спорів в арбітражі. З погляду законодавчої техніки розглядаються норми проектних статей до Господарського процесуального кодексу України. Висвітлені недоліки і колізійні моменти запропонованих змін.

Ключові слова: арбітраж, альтернативне вирішення спорів, арбітрабельність, Господарський процесуальний кодекс України.

Венедиктова И. «Проарбитражные» изменения в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины в контексте судебной реформы

Аннотация. Статья посвящена анализу объема арбитрабельности в соответствии с украинским законодательством в разрезе принятия изменений в процессуальные кодексы. Поднимаются вопросы видового родства третейского судопроизводства и арбитража, разделения третейства на внутреннее и внешнее. Анализируются категории дел, которые являются неарбитрабельными в силу своей правовой природы или национальных законодательных ограничений каждого государства. Рассматривается категория публичного порядка как критерий возможности рассмотрения споров в арбитраже. С точки зрения законодательной техники разбираются нормы проектных статей в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины. Освещены недостатки и коллизионные моменты предлагаемых изменений.

Ключевые слова: арбитраж, альтернативное рассмотрение споров, арбитрабельность, Хозяйственный процессуальный кодекс Украины.

Venediktova I. «Pro-Arbitration» Changes of Economical Procedural Code of Ukraine in the Context of Judicial Reform

Annotation. The article is devoted to the analysis of the scope of the arbitrability under the Ukrainian legislation in the context of the changes to procedural codes. It was raised the questions of specific relationship of arbitration proceedings and arbitration, as well as classification of the arbitration into internal and external forms. It was analyzed the categories of cases that are non-arbitratory by their legal nature or are by the national legislative restrictions of each state. The category of public policy was considered as a criterion for the possibility of considering disputes in arbitration. On the side of legislative technology, were examined the norms of the draft articles of the changes to economical procedural code. The shortcomings and conflict moments of the proposed changes are elucidated.

Key words: arbitration, alternative dispute resolution, arbitrability, economical procedural code.