



С. О. Кравцов

*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного процесу
Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»*

ФОРМУВАННЯ СКЛАДУ АРБІТРІВ, ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНІ ЗАХОДИ, ОТРИМАННЯ, ЗБЕРЕЖЕННЯ ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

На інституційному рівні національні суди і міжнародний комерційний арбітраж (далі — МКА) є незалежними один від одного. Передумовою цієї незалежності є визнання міжнародними конвенціями і актами внутрішнього законодавства обов'язковості арбітражної угоди щодо вирішення зовнішньоекономічного спору у відповідному МКА.

Цей визначальний момент свідчить, з одного боку, що звернення до МКА унеможлиблює втручання національних судів у процес вирішення ним спору. З другого боку, невтручання національного суду все ж таки є диспозитивним, і національні суди в принципі впливають на правопорядок. Тому можна стверджувати про існування певної інституційної рівноваги національних судів та МКА. Крім інституційних проблем МКА і національних судів, існують інші аспекти їх взаємодії. Йдеться про певні питання арбітражу, які вирішуються національними судами у зв'язку з розглядом справи МКА. Найбільш поширеними з них є:

- формування складу арбітражу;
- здійснення попередніх забезпечувальних заходів;
- сприяння в отриманні, збереженні та забезпеченні доказів.

Проблема формування складу арбітражу є однією з найважливіших процесуальних проблем не лише на самому початку провадження у справі, але і залишається актуальною аж до його завершення.

Ця проблема складається з трьох питань: 1) яка процедура призначення арбітра; 2) хто може бути призначений арбітром, тобто яким вимогам повинна відповідати особа, що призначається; 3) які можуть бути підстави для відводу арбітра й інших змін у складі арбітражу і які юридичні наслідки змін у складі арбітражу.

Щодо процедури призначення арбітрів, то в Україні це питання чітко врегульовано в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (далі — Закон). Так, ст. 10 Закону встановлює право арбітрів на власний розсуд визначати число арбітрів. Якщо арбітражна угода сформульована у вигляді рекомендованої угоди, що містить тільки вказівку на розгляд справи в Міжнародному комерційному арбітражному суді (далі — МКАС) при Торгово-промисловій палаті України (далі — ТПП) відповідно до його Регламенту, і до моменту пред'явлення позову сторони не дійшли ніякої додаткової угоди з питання формування складу арбітражу, то за загальним правилом (ст. 10 Закону і § 20 Регламенту МКАС) справи в МКАС розглядаються колегіально у складі трьох арбітрів, проте сторони мають право домовитися про розгляд справи одноособовим арбітром.

Абсолютна більшість справ у МКАС розглядається арбітрами колегіально. Розгляд справи одним арбітром швидше виняток, ніж правило.

В інших країнах спостерігається різний підхід до визначення числа арбітрів, що розглядають спір. Так, Лондонський міжнародний третейський суд виходить передусім з того, що справа повинна розглядатися одноособовим арбітром, якщо сторони не передбачили іншого [1, с. 15].

Однак під час формування складу арбітрів виникають певні труднощі, які неможливо вирішити без втручання національних судів.

Так, якщо за наявності арбітражної угоди одна зі сторін у строк, зазначений в угоді або в регламенті, якому сторони підпорядкували процедуру розгляду спору, не призначить свого арбітра, останній здебільшого призначається національним судом. Згідно із Законом Швеції «Про арбітраж» 1999 р. в таких ситуаціях, коли від кожної сторони потрібно визначити арбітра, за умови, що перша сторона повідомила другу про свій вибір, ця друга сторона повинна впродовж 30 днів із моменту отримання повідомлення сповістити першу сторону письмово про призначення свого арбітра. Якщо друга сторона у встановлений термін не визначиться із арбітром, на вимогу першої сторони він призначається окружним судом (ст. 15 Закону Швеції «Про арбітраж» 1999 р.) [2]. У цьому, щоправда, слід вбачати не лише функцію контролю національного суду, але й інструмент взаємодії міжнародного арбітражу з місцевою юрисдикцією, який сприяє усуненню перешкод для невинуватених затримок і затягування процедур, що проводяться МКА.

В Україні межі втручання суду в діяльність арбітражу досить чітко встановлені Законом (ст. 5). Слід зазначити, що можливості втручання українських судів у розгляд справ МКА зведено практично до мінімуму. Зокрема, якщо сторона не призначить арбітра впродовж 30 днів після отримання пропозиції про це від іншої сторони або якщо два арбітри впродовж 30 днів з моменту їх призначення не домовляться про третього арбітра, на прохання будь-якої сторони призначення виконує Президент Торгово-промислової палати України (статті 6, 11 Закону).

У судів інших держав таких можливостей набагато більше. Наприклад, у Великобританії суд має необмежену юрисдикцію повернути арбітражне рішення в цілому або в частині на повторний розгляд арбітражем або супер-арбітром як гарантію недопущення неправосудного акта. Проте зазвичай цей механізм приводиться в дію у випадках неналежної поведінки арбітрів, таємної змови або якщо рішення отримане шляхом обману або приховання фактів. Арбітражне рішення може бути скасовано судом, якщо арбітр отримав хабар або іншим чином був зацікавлений в результаті вирішення спору [1, с. 115].

Дискваліфікуюча поведінка арбітра може мати місце навіть і тоді, коли немає причин протиправного характеру, які можна було б поставити йому в провину. Проте вважається неналежним ведення справи арбітром, якщо рішення ухвалюється ним з незаконного контракту. Також неправомірною є поведінка арбітра, якщо рішення ухвалено до розгляду усіх доказів або до закінчення стороною представлення доказів у справі, заслуховування свідка у відсутність кого-небудь із суб'єктів, або огляду майна, що є предметом спору, за відсутності іншої сторони, і навіть у разі бланкетного підписання рішення одним з арбітрів.

Участь арбітрів у арбітражному розгляді вимагає, щоб їхня аргументація та оцінка доказів були бездоганними. Водночас сторона процесу може вважати, що арбітр упереджений, залежить від іншої сторони або недостатньо компетентний, щоб ухвалити справедливе рішення. Незважаючи на велику кількість арбітражних правил, більшість із них мають положення стосовно спеціальної процедури, передбаченої для таких випадків. Ідеться про відвід арбітрів: якщо аргументи сторони визнають обґрунтованими, арбітра усувають від процесу.

Положення щодо відводу арбітрів більшість інституційних арбітражних правил і національних законів про міжнародний комерційний арбітраж, у тому числі Закон та Регламент МКАС при ТПП України, містять положення щодо відводу арбітрів. Текст Закону відповідає тексту Типового закону ЮНСІТРАЛ, згідно з яким відвід арбітру можливий, якщо є обґрунтовані сумніви в неупередженості або незалежності особи арбітра. У Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами й іноземними особами від 18 травня 1965 р. (Вашингтонська конвенція) сказано, що сторона арбітражного процесу може пропонувати дискваліфікацію арбітра, зокрема, через відсутність у нього компетенції, необхідної для винесення того чи іншого рішення [3]. Згідно з Правилами арбітражу Міжнародної торгової палати (ІСС) відвід арбітру може бути заявлено через відсутність незалежності або з інших підстав. Схоже формулювання є і в Правилах арбітражу Міжнародної асоціації повітряного транспорту (ІАТА) [4]. Слід зазначити, що Типовий закон, Правила арбітражу Комісії з міжнародного торговельного права покладають на особу, яку пропонують призначити арбітром,

обов'язок повідомити про будь-які обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви в її неупередженості або незалежності. З моменту призначення і протягом всього арбітражного розгляду арбітр також повинен без зволікання повідомляти сторони про такі обставини. Аналогічну норму містять і Правила арбітражу Міжнародної торгової палати, але вони визнають підставою для відводу лише залежність арбітра. Водночас статті 11, 12 Правил арбітражу Міжнародної асоціації повітряного транспорту не містять положень щодо обов'язку повідомляти про обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви в неупередженості або незалежності майбутнього чи дійсного арбітра [4].

Окремим аспектом взаємодії національних судів та МКАС є застосування в арбітражному розгляді попередніх забезпечувальних заходів.

Світовій провозастосовній практиці відомі два основні способи застосування забезпечувальних заходів у міжнародному комерційному арбітражі: імперативний та диспозитивний.

Імперативний спосіб застосування забезпечувальних заходів ґрунтується на використанні примусової сили держави. Механізм застосування цього способу передбачає реалізацію державою владних повноважень, спрямованих на примусове забезпечення застосування забезпечувальних заходів, які застосовуються під час розгляду справи в арбітражному суді. Цей спосіб реалізується за допомогою судової системи держави та ґрунтується на самостійній оцінці необхідності для держави застосування таких заходів у певній справі.

Диспозитивний спосіб застосування забезпечувальних засобів характеризується тим, що арбітражний суд може застосовувати їх самостійно, але вони поширюються виключно на сторони арбітражного розгляду, не забезпечуються примусовою силою держави та добровільно виконуються сторонами. Цей спосіб досить поширений в іноземних країнах, де рівень правосвідомості забезпечує повагу до розпоряджень міжнародного комерційного арбітражного суду [6, с. 141].

Основною проблемою попереднього захисту прав у процесі арбітражного розгляду є вибір юрисдикційного інституту — міжнародного комерційного арбітражу або національного суду.

Національне законодавство декількох держав (зокрема, Аргентини, Китаю і Бразилії) передбачає виняткову компетенцію національного суду ухвалювати рішення щодо забезпечувальних заходів на підтримку арбітражного розгляду. Арбітри позбавлені права здійснювати попередній захист прав сторін [7, с. 64]. Таке положення пояснюється упередженим ставленням до приватної юрисдикції, надмірного посилення її ролі.

У зв'язку із цим згідно із законодавством більшості держав, у тому числі й України, паралельно з арбітражем компетенцією по вжиттю забезпечувальних заходів на підтримку арбітражних розглядів наділені і національні суди.

Необхідно зазначити, що, як правило, ні в національному законодавстві, ні в арбітражних регламентах не передбачаються які-небудь обмеження для сторін на звернення до національного суду з клопотанням прийняти забезпечувальний захід на підтримку арбітражного розгляду. Є підстави вважати, що при такому підході суди повинні дуже обережно ставитися до клопотань про вжиття забезпечувальних заходів, оскільки відсутність обмежень на звернення до суду з такими клопотаннями може трактуватись як тактичний спосіб тиску на іншу сторону, спосіб затягування арбітражного розгляду. Більше того, необмежена можливість винесення судами забезпечувальних заходів щодо сторін арбітражного розгляду порушує волю сторін, що вирішили передати свій спір на розгляд не національному суду, а іншому юрисдикційному інституту – арбітражу. З огляду на викладені вище міркування національне законодавство деяких держав (наприклад, Великобританії, Люксембургу, деяких штатів США), а також деякі арбітражні регламенти (наприклад, Арбітражний регламент МТП 2012 р. (ст. 23), Регламент Лондонського міжнародного третейського суду 1998 р. (ст. 25)) передбачають, що звернення до суду з клопотанням про вжиття забезпечувальних заходів допустимо, лише якщо арбітраж, що розглядає справу, не може самостійно з тих або інших причин прийняти відповідний забезпечувальний захід. Можна дійти висновку, що встановлення таких обмежень на втручання суду в арбітражний розгляд більше відповідає суті і призначенню міжнародного комерційного арбітражу як приватного юрисдикційного механізму, забезпечує ефективне його функціонування без встановлення зайвих перешкод і здійснення надмірного контролю [7, с. 65].

Основною проблемою інституту забезпечувальних заходів, що застосовується міжнародним комерційним арбітражем, є те, що вони не мають виконавчої сили самі по собі, як і остаточні рішення арбітражу. Для їх примусового виконання необхідно звертатися до державних органів, передусім до суду. Проте можливість судового визнання і приведення у виконання рішень арбітражу про вжиття забезпечувальних заходів передбачається законодавством лише деяких країн. Причому, як правило, йдеться про виконання заходів, прийнятих арбітражем на території держави, у якій має місце звернення про приведення у виконання забезпечувальних заходів.

Проте на сьогодні законодавство лише декількох країн (зокрема, Австралії [8] і Гонконгу [9]) передбачає можливість визнання і примусового виконання арбітражних забезпечувальних заходів, прийнятих за кордоном. Така можливість допускається також судовою практикою деяких штатів США. Україна підтримала таку позицію, і 22 вересня 2011 р. Верховна Рада України ухвалила Закон «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо вжиття заходів забезпечення позову при визнанні та виконанні рішення іноземного суду». Зазначений Закон надає стороні, яка подала клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення

іноземного суду та іноземного або міжнародного арбітражу в Україні, право подати заяву про забезпечувальні заходи на будь-якій стадії розгляду такого клопотання, якщо незастосування таких заходів зможе перешкодити або ускладнити подальше виконання рішення. Сама ж процедура застосування забезпечувальних заходів при виконанні рішення іноземного суду (включаючи іноземний або міжнародний арбітраж) регулюється аналогічними положеннями ЦПК, що й при розгляді заяв про забезпечення позову.

Проаналізувавши питання забезпечувальних заходів, можна зробити такі висновки: запобіжні та забезпечувальні заходи, передбачені законодавством різних національних правових систем, мають деякі спільні риси. Разом із тим характер і сила забезпечувальних заходів є різними залежно від того, який орган їх застосував — національний суд чи арбітраж. Зокрема, забезпечувальні заходи, вжиті національним судом, мають обов'язкову силу для будь-якої особи, що, як наслідок, робить їх «ефективними», але застосування цих заходів часто обмежується територією держави місця проведення арбітражу, держав походження сторін. Ця проблема може бути вирішена шляхом застосування механізму визнання та примусового виконання арбітражних постанов про застосування забезпечувальних заходів, що відповідає сучасним міжнародним принципам побудови арбітражного законодавства.

Поряд із питанням формування складу арбітрів, застосування забезпечувальних заходів, актуальним є питання отримання, збереження та забезпечення доказів в арбітражному розгляді.

З огляду на змагальну природу МКА, важливим є забезпечення кожною зі сторін доказової сили своєї позиції, правильне і своєчасне подання доказів, включаючи свідчення свідків і висновки експертів [10, с. 122].

Одна із функцій взаємодії МКА і національного суду полягає у витребуванні і забезпеченні доказів, оскільки саме суд, як суб'єкт владних повноважень має право витребувати докази, причому не лише у сторін, але і будь-яких інших осіб. У цьому полягає його сприяння МКА, оскільки останній, будучи інститутом приватноправовим, не може залучати до справи інших осіб без їх згоди і згоди сторін, а також не може застосовувати які-небудь владні санкції і стосовно самих сторін, витребовуючи необхідні докази.

У світовій практиці було вироблено декілька можливих варіантів рішення таких проблем. У деяких країнах законодавець розширює об'єм повноважень арбітрів настільки, щоб виконання ними своїх функцій у цій сфері стало ефективним. Так, наприклад, в США арбітраж наділений правом виклику свідків для надання свідчень повісткою. Забезпечення їх явки може здійснюватися примусово через суд в порядку, встановленому для вручення і виконання повісток про виклик до суду у цивільних справах (секція 4 Єдиного арбітражного акта США 1955 р.) [11, с. 15–17]. Крім того, арбітри можуть приводити свідків до присяги.

Водночас навіть у випадках, коли національне законодавство передбачає надання національними судами сприяння арбітражам в отриманні показань свідків, на практиці воно може бути недоречним. Для продовження арбітражного розгляду і ухвалення рішення цілком достатньо буде негативних висновків арбітрів щодо позиції сторони, свідок якої відмовляється від надання свідчень [12, с. 132]. Більше того, в деяких країнах недобросовісна поведінка однієї зі сторін може стати підставою для скасування рішення, винесеного на її користь. Так, наприклад, в Китаї і Бельгії арбітражне рішення підлягає скасуванню у випадках, якщо буде встановлено, що в ході розгляду справи одна зі сторін приховала докази, що є істотними для цього спору, з метою застосування впливу на остаточні висновки арбітражу [13].

Українське законодавство також містить ряд норм, які дозволяють національним судам під час арбітражного розгляду справи сприяти в отриманні доказів. Згідно зі ст. 27 Закону третейський суд або сторона за згодою третейського суду можуть звернутися до компетентного суду цієї держави з проханням про сприяння в отриманні доказів. Суд може виконати це прохання в межах своєї компетенції і згідно зі своїми правилами отримання доказів.

Стаття 27 Закону не містить також вказівок на те, який компетентний суд повинен вирішувати це питання. У ст. 6 Закону чітко визначено перелік органів для виконання певних функцій сприяння та контролю щодо арбітражу. Ця норма не дає відповіді про конкретний компетентний орган щодо вирішення питання стосовно сприяння в отриманні, збереженні та забезпеченні доказів. Таким чином, для врегулювання цього питання вважаємо за необхідне внести зміни до ст. 27 Закону щодо конкретизації компетентного суду та пропонуємо викласти зазначену статтю в такій редакції: «Третейський суд або сторона за згодою третейського суду можуть звернутися до компетентного суду цієї держави за місцем знаходження доказів з проханням про сприяння в отриманні таких доказів. Суд може виконати це прохання в межах своєї компетенції і згідно із своїми правилами отримання доказів».

На підставі зазначеного можна стверджувати, що національний суд може на свій розсуд вживати або не вживати відповідні заходи, оскільки це впливає з самого формулювання ст. 27 Закону: «Суд може виконати це прохання... згідно із своїми правилами отримання доказів». В цьому випадку, на наш погляд, слово «може» застосовується не для акцентування на диспозитивності правомочності суду, а щоб підкреслити ті процедури (правила), за допомогою яких суд може здійснити таке забезпечення. Крім того, такий вільний розсуд національного суду в цьому питанні був би некоректним без закріплення в законі відповідних підстав, якими він мав би керуватися.

Проаналізувавши законодавчі підходи до питання взаємодії національних судів у сприянні в отриманні, збереженні та забезпеченні доказів в арбі-

тражному розгляді, можна підсумувати, що відсутність єдиного законодавчого підходу до вирішення цієї проблеми призводить до певних труднощів на практиці та ставить під сумнів забезпечення принципів диспозитивності та змагальності розгляду спорів МКА.

Список використаних джерел

1. *Воробьев А. А.* Арбитражный суд в Лондоне. Сравнительно-правовое исследование / А. А. Воробьев, А. Б. Воробьев. — М. : Ассоциация независимых издателей, 2000. — 304 с.
2. Swedish Arbitration Act [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/skiljedomslagen_eng.html
3. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>
4. The International Air Transport Association («IATA») Arbitration Rules (the «Rules») [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.iata.org/whatwedo/Documents/IATA_Arbitration_Rules.pdf
5. *Курочкин С. А.* Третейское разбирательство в Российской Федерации : учеб. пособие / С. А. Курочкин и др. ; под. ред. О. Ю. Скворцова. — М., 2010. — 400 с.
6. *Прутика Ю. Д.* Забезпечувальні заходи в міжнародному комерційному арбітражі // Право України. — 2011. — № 1. — С. 139–150.
7. *Yesilirmak A.* Provisional Measures in International Commercial Arbitration / A. Yesilirmak. — The Hague : Kluwer law international, 2005. — P. 315.
8. International Arbitration Act 1974 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276
9. Arbitration ordinance Hong Kong [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://arbitrations.ru/userfiles/file/Law/Arbitration%20acts/hong%20kong%20ordinance.pdf>
10. *Сліначук Т.* Практичні аспекти процесу доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Право України. — 2011. — № 1. — С. 122–129.
11. *Heinsz T.* Revised Uniform Arbitration Act // Dispute Resolution Magazine. — Fall 1998. — P. 213.
12. *Besson S.* Comparative Law of International Arbitration. — London : Sweet & Maxwell, 2007. — 164 p.
13. Арбітражний Закон Китайської народної республіки [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.chineselawyer.biz/uk/china-laws/31-arbitration-law-of-the-peoples-republic-of-china.html>

Кравцов С. О. Формування складу арбітрів, забезпечувальні заходи, отримання, збереження та забезпечення доказів у міжнародному комерційному арбітражі

Анотація. У статті досліджуються проблеми процесуальних аспектів взаємодії міжнародного комерційного арбітражу та національних судів, зокрема формування складу арбітрів, забезпечувальні заходи, отримання, збереження та забезпечення доказів у міжнародному комерційному арбітражі.

Ключові слова: арбітражна угода, міжнародний комерційний арбітраж, забезпечувальні заходи.

Кравцов С. А. Формирование состава арбитров, обеспечительные меры, получение, сохранение и обеспечение доказательств в международном коммерческом арбитраже

Аннотация. В статье исследуются проблемы процессуальных аспектов взаимодействия международного коммерческого арбитража и национальных судов, в частности формирование состава арбитров, обеспечительные меры, получение, сохранение и обеспечение доказательств в международном коммерческом арбитраже.

Ключевые слова: арбитражное соглашение, международный коммерческий арбитраж, обеспечительные меры.

Kravtsov S. Arbitrators Membership Formation, Secured Measures, Obtaining, Keeping and Provision of Evidence in International Commercial Arbitration

Summary. The article investigates the problem of procedural aspects of the interaction of international commercial arbitration and national courts, namely the formation of the arbitrators membership, secure measures, obtaining, keeping and provision of evidence in international commercial arbitration.

Key words: arbitration agreement, international commercial arbitration, secured measures.