

# Концепція відмови від права на заперечення проти порушень під час арбітражного розгляду в судовій практиці

№25, 06 липня 2017



Костянтин Пільков ,  
к. ю. н., арбітр МКАС при ТПП України, партнер арбітражної практики  
ЮФ Cai & Lenard

## Головна стаття

Дійсне й ефективне арбітражне застереження. Глобальні виклики

## Компетентна думка

Арбітражна угода й арбітражне застереження у зовнішньоекономічних контрактах: використовуємо правильно

Міжнародний комерційний арбітраж: практичні питання

"Злита" і викрадена хакерами інформація: чи прийме арбітраж такий доказ?

eSports Arbitration – від майбутнього до реальності

Україна в Міжнародному центрі з урегулювання інвестиційних спорів (ICSID)

Чи необхідні суди для цивілізованого ведення бізнесу: приклад Центру BOIB з арбітражу та посередництва

## Судовий погляд

Як "обмовка" може вплинути на результат справи

## Актуально

(Не)Сприяння міжнародному арбітражу: перспективи процесуальних змін

Визнання та виконання арбітражних рішень в Україні: проблеми і перспективи

Ефективність арбітражних рішень: актуальні законопроекти

---

Процесуальна добросовісність у міжнародному комерційному арбітражі залишається категорією, наповненою куди більш реальним змістом, ніж у національному судовому процесі. Утвердженню процесуальної добросовісності в арбітражі сприяють різноманітні механізми, зокрема механізм розподілу арбітражних витрат, який дає змогу покладати на недобросовісну сторону фінансовий тягар її недобросовісних дій, інструменти доказування, які дають можливість вважати встановленими певні обставини, з'ясуванню яких недобросовісно опирається сторона, а також механізм позбавлення права на заперечення проти порушень під час арбітражного розгляду сторони, яка недобросовісно намагається обернути ці порушення на власну користь. Саме концепція відмови від права на заперечення є предметом цієї статті.

Положення про те, що сторона, яка знає про те, що яке-небудь положення закону, від якого сторони можуть відступати, або яка-небудь вимога, згідно з арбітражною угодою, не були дотримані, і проте продовжує брати участь в арбітражному провадженні, **не заявивши заперечень проти такого недотримання без невинуватливої затримки, а якщо для цього передбачено будь-який строк, то протягом цього строку** вважається такою, що

відмовилась від свого права на заперечення, закріпленого в законодавстві про арбітраж у багатьох країнах, а також у цілій низці відомих арбітражних регламентів. Є воно також у Законі України "Про міжнародний комерційний арбітраж" (стаття 4) та Регламенті Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України (стаття 36). Про підвалини цього правила, обґрунтування підстав, які за ним стоять, а також про його корисність для забезпечення чинності арбітражного рішення тут говорити зайве – вони зрозумілі практикам арбітражу.

Водночас державні суди у практиці у справах про скасування арбітражних рішень досі з осторогою звертаються до цього положення закону. Чи то продиктовано пересторогою суддів, які тут недоречно переймаються тим, аби не бути звинуваченими у створенні перешкод для доступу особи до правосуддя, чи то справа в майже інстинктивному бажанні "повно і всебічно з'ясувати обставини справи", яке не дозволяє вказати скаржнику, що він втратив право на оскарження, без ґрунтового дослідження всіх аспектів арбітражного розгляду й ухваленого арбітрами рішення.

Так, в арбітражній справі, яку було розглянуто арбітражним судом МКАС при ТПП України за участю автора цієї статті як представника позивача, сторони незалежно одна від одної вказали на одну й ту саму особу як на призначеного ними арбітра. А оскільки арбітражна угода була не зовсім типовою – вона передбачала розгляд справи двома арбітрами – призначення сторонами арбітром однієї особи створило підстави для того, аби справа була розглянута цією особою, визнаним науковцем та авторитетним практиком, як одноособовим арбітром. Обидві сторони взяли участь у розгляді, подавали заяви, докази, відряджали своїх представників для участі у слуханнях.



*Жодна із сторін не заперечувала проти розгляду справи одним арбітром. Однак коли арбітражний суд ухвалив остаточне рішення, відповідач подав до суду заяву про його скасування з тих підстав, що воно нібито було ухвалене з порушенням арбітражної угоди, а саме у складі арбітражного суду, який не відповідав арбітражній угоді.*

Шевченківський районний суд міста Києва ухвалою від 8 червня 2016 року у справі № 761/5425/16-ц відмовив у задоволенні заяви. Ухвала ґрунтувалась як на тому, що порушення арбітражної угоди не було, оскільки сторони самі призначили одну особу розглядати справу, так і на тому, що відповідач втратив право посилатися на цю обставину як на порушення, оскільки не заявив про нього під час арбітражного розгляду.

Апеляційний суд міста Києва ухвалою від 5 грудня 2016 року підтримав позицію суду першої інстанції, проте змістив акцент і про відмову від права на заперечення згадав лише під час цитування положення статті 4 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж".

Найбільше своєю позицією здивував Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який ухвалою від 31 травня 2017 року скасував у цій справі всі ухвалені рішення та спрямував справу на новий розгляд до суду першої інстанції. Суд касаційної інстанції як на підставу для такого свого рішення вказав на те, що "постановляючи оскаржувані ухвали, суди [...] дійшли висновку про відмову в задоволенні заяви, не спростувавши доводи заявника про те, що своїм повідомленням про особу арбітра вони не змінили умови договору, яким було передбачено два арбітри, а лише запропонували арбітра зі своєї сторони, а арбітражній установі та її керівним особам не надано права змінювати за власним бажанням кількісний склад суду всупереч арбітражній угоді".

Цікавим є те, що питання про відмову від права на заперечення суд касаційної інстанції у своєму обґрунтуванні повністю оминув, хоча питання для суду не було складним чи новим. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ вже висловлював позиції з цього питання у своїй ухвалі від 23 січня 2013 року у справі № 6-46810св12, де зазначив: "На засіданні 12 березня 2012 року були присутні представники відповідача, які подали відзив на позовну заяву, однак будь-яких заперечень щодо

формування складу арбітрів або відводу арбітрів не заявили. Відповідно до ст. 4 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж" сторона, яка знає про те, що яке-небудь положення цього Закону, від якого сторони можуть відступати, або яка-небудь вимога, згідно з арбітражною угодою, не були дотримані, і проте продовжує брати участь у арбітражному провадженні, не заявивши заперечень проти такого недотримання без невиправданої затримки, а якщо для цього передбачено будь-який строк, то протягом цього строку вважається такою, що відмовилась від свого права на заперечення".

Окрім того, що для суду касаційної інстанції це питання не є новим, воно не є також і складним, особливо стосовно тих обставин, які мали місце в обох згаданих вище справах. У цих справах мова йшла про стверджуване заявниками порушення положень арбітражної угоди про склад арбітражного суду, тобто положень, про які сторони можуть домовлятися і від яких вони мають право відступати. За таких обставин положення Закону "Про міжнародний комерційний арбітраж" стосовно відмови від права на заперечення навіть не потребує якогось розширеного тлумачення; справа, так би мовити, класична.



*Судовій практиці в інших країнах з розвиненими арбітражними системами притаманні більш сміливі підходи. Так, Апеляційний суд Парижу протягом останніх років у справах про скасування арбітражних рішень регулярно виходить з того, що для того, аби довести сторони проти арбітражного рішення могли бути розглянуті суддею у справі про скасування арбітражного рішення, скарга повинна бути заявлена перед арбітражним судом, якщо це можливо було зробити.*

Швейцарський Федеральний Верховний суд також неодноразово звертав у своїх рішеннях увагу на те, що сторона, яка вважає себе жертвою процесуальних порушень, повинна заявити заперечення без зволікання безпосередньо в арбітражі. Інакше, на думку суду, матиме місце порушення принципу добросовісності, оскільки виходить, що сторона очікує на результат арбітражного розгляду, щоб заявити заперечення тільки в тому випадку, якщо цей результат буде не на її користь. Крім того, заперечення проти порушень під час арбітражного розгляду має бути заявлено з достатньою чіткістю, аби арбітражний суд мав можливість відреагувати на заяву та виправити ситуацію, якщо порушення дійсно мало місце (*Bühler, Michael W., Webster, Thomas H. Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials, 2nd edition. Sweet & Maxwell, London 2008. – pp. 607 – 608*). Натяк, висловлення міркувань стороною або запитання сторони арбітражному суду щодо того, як арбітражний суд розуміє належну реалізацію стороною того чи іншого свого права, не становить таким чином заяви про порушення під час арбітражного розгляду.

Таке тлумачення повністю вкладається у концепцію відмови від права на заперечення, яке закріплено у вітчизняному Законі "Про міжнародний комерційний арбітраж". Воно й не дивно, зважаючи на те, що цей Закон повністю відповідає Типовому закону ЮНСІТРАЛ.

Отже, справедливим і для української судової практики є підхід, за якого **сторона, яка домагається скасування арбітражного рішення з підстав існування порушення під час арбітражного розгляду, повинна довести такі обставини:**

- 1) порушення дійсно мало місце;
- 2) порушення істотним чином вплинуло на справедливість розгляду справи;
- 3) про порушення було заявлено під час арбітражного розгляду;
- 4) заява про порушення була зроблена без зволікань або протягом встановленого строку;
- 5) заява була зроблена чітко і недвозначно.

Звичайно, сторона може також доводити, що вона не мала можливості однозначно та без зволікань заявити про порушення. Водночас і тут слід зважати на те, що саме на цю сторону покладається тягар доведення відсутності у неї такої можливості.



За відсутності якихось надзвичайних обставин, довести неможливість заявити про процесуальні порушення буде доволі складно, якщо після ствердженого стороною порушення сторона брала участь в арбітражному розгляді, зокрема подавала заяви та докази, брала участь у слуханнях.

Законодавство про міжнародний комерційний арбітраж та арбітражні регламенти у багатьох арбітражних системах переважно виходить з того, що відмова від права на заперечення можлива стосовно порушень тих положень закону, від яких сторони можуть відступати. Відступ від положень закону сторона може здійснювати як самостійно реалізуючи свої процесуальні права, так і через укладення арбітражної угоди або досягнення іншої згоди з іншою стороною арбітражного розгляду.

Майже очевидно, що відмова від права на заперечення не поширюється на випадки, коли має місце порушення публічного порядку. Проте широка інтерпретація концепції публічного порядку, яка іноді, хоч і не часто, трапляється у вітчизняній судовій практиці, змушує звернути увагу, що мова повинна йти насамперед про транснаціональний публічний порядок, тобто про ті базові цінності, які не просто властиві правовій системі, а є визначальними для неї цивілізаційно. Часто до таких цінностей, які становлять транснаціональний публічний порядок, відносять також фундаментальне **право бути почутим** як складову метапринципу справедливого розгляду (*due process*), який визнано в арбітражі (*Пильков К. Н. Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже : Научно-практическое пособие. – Киев : Освіта України, 2016. – С. 50*). Від заперечень проти порушення цього фундаментального права сторона нібито не може відмовитись. Але ця теза потребує уточнення.

Порушення права бути почутим є таким, що зазвичай може бути виправлене під час арбітражного розгляду. Тому навіть враховуючи його фундаментальне значення для забезпечення справедливості всього арбітражного розгляду, у судовій практиці дружніх до арбітражу країн, зокрема Німеччини, воно розглядається як таке, яким сторона вільно розпоряджається, а тому на його порушення також повинна реагувати однозначною заявою про заперечення, зробленою без зволікань. Від цього фундаментального права не можна відмовитись на майбутнє, але заперечувати чи не заперечувати проти порушення – право сторони.

Справі уніфікації світової практики дещо шкодить те, що у деяких країнах порушення процесуальних правил, про застосування яких домовились сторони, становить безумовну підставу для скасування арбітражного рішення. Буквальне тлумачення статті V (1)(d) Нью-Йоркської конвенції 1958 року, яка розглядає таке порушення як самостійну підставу для відмови в наданні дозволу на примусове виконання іноземного арбітражного рішення, також ускладнює формування єдиної практики застосування цієї концепції у справах про скасування рішення (*Poudret, Jean-François, Besson, Sébastien. Comparative Law of International Arbitration, 2nd edition. Sweet & Maxwell, London, 2007. – pp. 481 – 482*).

---

## ВИСНОВОК:

Поширення концепції відмови від права на заперечення на фундаментальні процесуальні права, звичайно, відкриває поле для дискусії, яка виходить за межі цієї статті. Те саме стосується і щойно згаданої проблеми співвідношення цієї концепції з положеннями Нью-Йоркської конвенції, які хоча й стосуються питань виконання арбітражних рішень, проте справляють вплив і на питання, пов'язані з їх чинністю. Разом з тим, як бачимо, навіть дотримуючись найбільш вузької інтерпретації концепції відмови від права на заперечення, тобто тієї, яка дає змогу відмовитись від права на заперечення лише проти порушення тих положень, про які сторони можуть домовлятися або від яких можуть відступати, у згаданій вище справі суд не був поставлений перед складною проблемою. Думається, що судова практика має все ж повернути на шлях проарбітражного ставлення у справах про скасування

арбітражних рішень, з якого вона нещодавно ухилилась після доволі важливих здобутків у цій сфері у попередні роки.

© ТОВ "Інформаційно-аналітичний центр "ЛІГА", 2017

© ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2017