

**Зауваження та пропозиції Національної асоціації адвокатів України
до проекту Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих
актів України щодо вдосконалення діяльності арбітражів” (реєстр. №5347 від
08.04.2021)**

Національною асоціацією адвокатів України опрацьовано проект Закону “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності арбітражів”, що поданий на розгляд Верховної Ради України за №5347 від 08.04.2021 року.

За результатами опрацювання - проекту Закону України (реєстр. №5347 від 08.04.2021 року) НААУ вважає за доцільне висловити наступні зауваження та пропозиції до нього.

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

НААУ не підтримує запропоновані Законопроектом зміни до ст.ст. 6, 11, 13, 14 ЗУ про МКА та ст. 461 ЦПК України оскільки вони призведуть до наслідків, які будуть прямо протилежними до тих, що декларуються в Пояснювальній записці.

**1.1 Запропоновані зміни обмежать автономію волі сторін та
розширяють втручання державних судів у міжнародний комерційний
арбітраж**

ЗУ про МКА був прийнятий на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж від 21 червня 1985 року (далі – «Типовий Закон»)¹.

Згідно з Типовим Законом кожна держава може зробити вибір в ст. 6 між судом та іншим органом, компетентним виконувати функції, передбачені ст.ст. 11, 13, 14 Типового Закону. Україна вже обрала такий «інший орган» під час прийняття Закону про МКА – Президента Торгово-промислової палати України (далі – «ТПП України»)².

Більше того, Україна вже тривалий час є учасником Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, яка набула чинності для України з 7 січня 1964 року.³ Зазначена конвенція також передбачає, що відповідні функції щодо призначення та заміни арбітрів повинні виконуватись головою компетентної торгової палати. Згідно з положеннями Європейської конвенції Україна повідомила

¹ Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж від 21 червня 1985 року. Доступ за посиланням: (i) російськомовна версія: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_879/ed19850621#Text; (ii) англomовна версія: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf.

² Законопроектом пропонується змінити вказаний орган (Президента ТПП України) на державні суди для всіх арбітражів з місцем арбітражу на території України (окрім Міжнародного комерційного арбітражного суду та Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України).

³ Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 року. Доступ за посиланням (російською мовою): https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_069.

Генерального Секретаря ООН про те, що в Україні відповідні функції будуть виконуватись ТПП України.⁴

Вибір на користь «іншого органу», а не судів, є підтвердженням підтримки Україною принципу автономії волі сторін та обмеження втручання державних судів у функціонування інституту міжнародного комерційного арбітражу.

Зміна вказаного підходу, яка була запропонована Законопроектом, суттєво та негативно вплине на ефективність, нейтральність, швидкість та передбачуваність міжнародного комерційного арбітражу в Україні.

1.2 Запропоновані зміни можуть призвести до значних часових затримок розгляду справ у міжнародному комерційному арбітражі

У зв'язку з відсутністю процедури призначення, відводу та припинення повноважень арбітрів в процесуальному законодавстві України, а також відсутністю практики та досвіду виконання державними судами вказаних функцій, всі арбітражні процеси з місцем арбітражу в Україні, до яких буде застосовуватись змінена ст. 6 ЗУ про МКА, можуть опинитись під ризиком суттєвої затримки.

Вказані ризики можуть призвести до ситуації, коли сторони також можуть навмисно використовувати можливість для звернення до державного суду з питань призначення, відводу та припинення повноважень арбітрів (навіть повністю невмотивованого) лише для того, щоб перешкодити чи унеможливити розгляд справи по суті в міжнародному комерційному арбітражі.

По-перше, Законопроект не пропонує передбачити будь-яку процедуру призначення, відводу та припинення повноважень арбітрів у процесуальному законодавстві. У державних судів також є дуже незначний досвід швидкого, ефективного та якісного призначення фізичних осіб (враховуючи проблемні аспекти щодо призначення державними судами арбітражних керуючих, експертів, присяжних), а також відсутні будь-які готові бази арбітрів (які напрацьовуються арбітражними інституціями та іншими органами, які здійснюються призначення арбітрів, роками).

По-друге, будь-який судовий процес в Україні щодо призначення, відводу та припинення повноважень арбітрів за участю нерезидентів (а в міжнародному комерційному арбітражі згідно ЗУ про МКА зазвичай одна, а то й обидві сторони є нерезидентами) призведе до значних часових затримок – наприклад, належне повідомлення іноземних сторін судом згідно з вимогами Гаазької конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах (1965 року) або дипломатичними каналами може затримати розгляд справи більше ніж на 6 місяців.

По-третє, затримка в державному суді розгляду питання щодо відводу та припинення повноважень арбітрів прямо вплине фінальне арбітражне рішення по справі у випадку, якщо державний суд винесе своє рішення вже після винесення

⁴ Список торгових палат та інших органів, наданий Генеральному секретарю у відповідності до пункту 6 статті X Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж. Доступ за посиланням: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/List-of-the-CCIs-European-Convention-Geneva-1961.pdf>. Депозитарна нотифікація Генерального секретаря ООН (С.Н. 7.1994. Угода - 1) - Повідомлення України. Доступ за посиланням: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Depositary-Notification-of-the-Secretary-General-of-the-UN-European-Convention-Geneva-1961-1.pdf>.

складом арбітражу арбітражного рішення по суті спору. Зокрема, якщо державний суд вирішить питання щодо відводу або припинення повноважень арбітрів вже після винесення фінального арбітражного рішення, таке рішення може бути скасоване. Для того, щоб уникнути відповідних ризиків, арбітри будуть на практиці уникати продовження розгляду справи по суті до того моменту як питання щодо відводу та припинення повноважень арбітрів не буде остаточно вирішене в державному суді, що знову ж таки сприятиме значному збільшенню часових затримок розгляду справ у міжнародному комерційному арбітражі.

1.3 Запропоновані зміни не забезпечують призначення арбітрів з відповідним досвідом та кваліфікацією

Як вже зазначалося, у державних судів відсутні будь-які готові бази арбітрів, які б вони могли використовувати для цілей призначення арбітрів. Складність формування такої бази полягає в тому, що арбітром може бути дуже широке коло спеціалістів з усього світу. Перелік арбітрів не обмежується лише громадянами України з вищою юридичною освітою. Дуже часто арбітрами можуть бути призначені взагалі не юристи, а спеціалісти у вузьких сферах (банкіри, торговці певним видом товарів, будівельні експерти і т.п.). Відповідно, для швидкого та ефективного призначення найбільш підходящого кандидата потрібна не лише велика база арбітрів (яку необхідно регулярно оновлювати), а і продумані критерії та швидкі, налагоджені процеси їх підбору, контактування з кандидатами з метою перевірки конфлікту інтересів та їх готовності прийняти призначення, які Законопроектом не передбачені.

1.4 Пропозиції НААУ

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

2. РЕЄСТРАЦІЯ НОВИХ АРБІТРАЖНИХ УСТАНОВ

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

законодавства іноземної держави, та які є засновниками арбітражних установ за кордоном.

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

Однак, як показали результати обговорення Законопроекту №5347 в рамках Комітету з питань альтернативного врегулювання спорів, що діє у складі Національної Асоціації Адвокатів України, та в рамках круглого столу 30 квітня 2021 року, в тому числі, із суддями Верховного Суду, а також як свідчить світовий досвід у подібних питаннях, **жодної кореляції між кількістю арбітражних установ в окремій юрисдикції та її інвестиційною привабливістю не існує. І саме лише створення нових арбітражних установ жодним чином не робить арбітраж більш привабливим для бізнесу та інвесторів.**

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

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

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

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

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

Цей факт підтверджується як статистикою, яку публікують більшість провідних арбітражних установ, так і українською судовою практикою у справах щодо надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу

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

- (1) МКАС при ТПП України
- (2) МАК при ТПП України

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

- (37) Китайську міжнародну економічну і торговельну арбітражну комісію
- (38) Арбітражний суд Віденської біржі сільськогосподарської продукції
- (39) Регламент комерційного арбітражу Американської арбітражної асоціації
- (40) Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ.

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

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

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

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

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

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

Але є й інша – негативна практика, особливо в деяких країнах пострадянського простору, де сама можливість досить легко створити арбітражну установу призвела до «буму» у їх створенні, причому далеко не завжди з добросовісною метою та не завжди людьми, які взагалі розуміються на міжнародному арбітражі. Як правило, такий «бум» призводить, як мінімум, до створення «сплячих» установ, які не мають жодної справи,

а, як максимум, – до різноманітних зловживань та проблем з розвитком арбітражу. І вже для вирішення цих проблем такі юрисдикції змушені шукати шляхи до зменшення кількості арбітражних установ шляхом реформування законодавства. Наприклад, у Латвії, свого часу, було кілька сотень арбітражних установ. Після реформи їх стало кілька десятків, проте міжнародний арбітраж не став популярнішим у цій країні внаслідок всіх цих реформувань. Інший приклад – Російська Федерація, де схожу проблему кілька років тому було «вирішено» шляхом фактично введенням ліцензування для арбітражних установ, що скоротило їх кількість з кількох сотень до чотирьох, але в цілому дуже негативно вплинуло на розвиток та популярність арбітражу в цій юрисдикції.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.8 Пропозиції НААУ

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

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

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

1.9 Недоцільність розширення переліку спорів, які можуть за угодою сторін передаватися до міжнародного комерційного арбітражу

«спор(ами) за участю нерезидента, пов'язан(их) із здійсненням інвестицій іноземним інвестором в Україні або українським інвестором за кордоном»

Розробники Законопроекту ставили собі за мету підвищення інвестиційної привабливості України та покращення інвестиційного клімату для великого бізнесу в Україні. Однак, зв'язок між запропонованою зміною та досягненням поставленої мети не прослідковується з наступних причин.

По-перше, чинна редакція ст.1 Закону про МКА відповідає положенням Типового Закону, в якому примітка до пункту 1 ст. 1 містить визначення терміну «торговельний», що слід тлумачити широко – тобто він має охоплювати питання, що впливають з усіх відносин торгового характеру, як договірних, так і не договірних, включаючи угоди щодо *інвестування*. Термін «комерційний» у ст. 2 Закону про МКА відповідає цьому ж терміну в Типовому Законі, отже Закон про МКА надає можливість передавати спори стосовно угод щодо інвестування на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу. Крім того, арбітражні законодавства Англії, Бельгії, Сінгапуру, Швеції та Швейцарії – країн, які визнані провідними центрами у світі з вирішення міжнародних комерційних та інвестиційних арбітражних спорів, не містять будь-яких норм із посиланнями на «інвестиції» або «іноземних інвесторів». Отже, НААУ не вбачає практичної необхідності у запропонованій зміні до ст. 1 Закону про МКА.

По-друге, сама назва Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає, що сфера його застосування не охоплює спори між іноземним інвестором та державою, яка приймає інвестиції, щодо порушення прав інвестора при здійсненні інвестицій. Поширення застосування Закону про МКА на такі спори, якщо це відповідає задуму розробників, має бути реалізоване шляхом зовсім іншої юридичної техніки. Не виключено, що наявність нових визначень термінів «інвестиція» та «інвестор» у Законі про МКА могли б прояснити, які саме спори *«пов'язані із здійсненням інвестицій»* мали на увазі розробники. Проте Законопроект не пропонує розширити ст. 2 Закону про МКА, яка містить визначення термінів.

По-третє, формулювання «спори за участю нерезидента, пов'язані із здійсненням інвестицій іноземним інвестором в Україні або українським інвестором за кордоном» говорить про участь у спорі або українського інвестора, або України як держави-відповідача. Як правило, в інвестиційному арбітражі сторони обирають нейтральне місце арбітражу – тобто арбітраж не проводиться ані в державі-відповідачі, ані в державі, з якої походить інвестор. Однак запропоноване визначення (а) не передбачає розгляд спорів між іноземним інвестором та іноземною державою (тобто коли України могла б виступати нейтральним місцем арбітражу), натомість (б) передбачає розгляд спорів, для яких Україна не зможе бути нейтральним місцем, а відтак шанси на її обрання у якості місця арбітражу дуже невисокі. Зазначені обставини, як і відсутність правової визначеності щодо розуміння понять «інвестиція» та «інвестор» будуть сприяти формуванню неоднозначної правозастосовчої практики, що може зашкодити інвестиційній привабливості України.

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

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

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

У 2017 році у ГПК були введені нові правила щодо арбітрості корпоративних спорів, а саме встановлення обмеження, що справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин, в тому числі у спорах між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), у тому числі учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, крім трудових спорів, можуть бути переданими на вирішення міжнародного комерційного арбітражу лише на підставі арбітражної угоди, укладеної між юридичною особою та всіма її учасниками.

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

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

1.11 Запропоновані зміни щодо розширення арбітрості є фрагментарними

Запропоновані зміни до ст. 22 ГПК України щодо арбітрості спорів у спорах з цивільно-правових договірних відносин у сферах приватизації майна та публічних закупівель принципово не змінюють чинне регулювання, що ставить під сумнів доцільність їх внесення у запропонованому вигляді.

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

1.12 Пропозиції НААУ

НААУ в цілому вітає законодавчі ініціативи щодо розширення кола арбітрості спорів, але вважає, що це питання має вирішуватись комплексно і системно, з

урахуванням як існуючих проблем, так й історичного досвіду України. Оскільки Законопроект №5347 не відповідає цим критеріям, НААУ не підтримує запропоновані зміни до абзаців другого і третього частини другої ст. 1 ЗУ про МКА та ст. 22 ГПК України, що регулюють визначення спорів, що можуть бути передані на вирішення міжнародного комерційного арбітражу. Фрагментарна та вибіркова зміна положень про арбітрівність навряд чи допоможе у досягненні мети Законопроекту.

ВИСНОВКИ

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

НААУ та Комітет з питань альтернативного врегулювання спорів готові до проведення детального обговорення наведених пропозицій і сподіваємось, що спільними зусиллями ми зможемо зробити Україну про-арбітражною юрисдикцією.

Будемо раді надати коментарі та відповісти на будь-які питання.

Підготовлено:

Адвокатами, Головою Комітету з питань альтернативного врегулювання спорів, що діє в складі НААУ, адвокатом Оленою Перепелинсько, та членами цього ж Комітету: Кристиною Хріпковою та Олександром Другом.