

Равнение на арбитраж

О развитии национальных институций международного арбитража в контексте инвестиционной привлекательности государства

Татьяна СЛИПАЧУК • Специально для «Юридической практики»



В глобализованном мире право и разрешение споров стали своеобразным продуктом, который активно рекламируется юрисдикциями на мировом рынке. Соответственно, классические арбитражные площадки, такие как Париж, Лондон или Стокгольм, равно как и другие юрисдикции все активнее продвигают себя в качестве «места выбора» для арбитража. Но для того чтобы так стать привлекательным местом для арбитража, юрисдикция должна быть дружелюбной к нему, или, другими словами, проарбитражной.

В контексте усиления инвестиционной привлекательности вопрос того или иного реформирования существующего в Украине профильного законодательства и создания или «перестраивания» национальной арбитражной институции обсуждался уже не раз.

Думаю, ни у кого нет сомнения, что повышение инвестиционной привлекательности Украины, как, в принципе, и любого другого государства, в дополнение к экономическим предпосылкам в значительной степени зависит от стабильности экономической и политической ситуации, от эффективности и прогнозируемости правового регулирования в сфере экономики и соблюдения в государстве принципа верховенства права. Как часть последнего особое значение имеют функционирование судебной системы и доступность процедур альтернативного разрешения споров, прежде всего международного арбитража.

Возможность рассмотрения спора не в государственных судах и стабильность судебной практики в поддержку международного арбитража давно стали must have для юрисдикций, стремящихся увеличить приток инвестиций.

Поэтому внимание к международному арбитражу со стороны государства понятно. Важно, как государство видит свою роль в обеспечении статуса проарбитражной юрисдикции.

В конце минувшего года Министерство юстиции Украины, по сути, стало движущей силой некоего процесса, который, как утверждается, должен усилить привлекательность Украины для иностранных инвесторов за счет кардинальных улучшений в области международного арбитража и создания новой арбитражной институции.

В данном случае среди прочего министр юстиции Украины Денис Малюска анонсировал создание «настных судов», а именно третейских судов и арбитража. Министерство вызвало помощь в создании «арбитража европейского уровня», ради чего проведет переговоры с иностранными арбитрами. По мнению министра, функционирующие в стране третейские суды и арбитраж «далеки от состояния, которым можно было бы гордиться или которое бы серьезно влияло на инвестиционный климат».

Поскольку на сегодняшний день все еще не доведены до всеобщего сведения принципы и модель озвученной Министерством юстиции Украины реформы альтернативного разрешения споров, равно как и ее обоснование, включая тезисы о внедрении английского права, позволяю себе прокомментировать прозвучавшие в прессе высказывания, оставив возможность вернуться к вопросу, как только правовое и фактическое обоснование будет профессионально озвучено.

Коммерческий арбитраж (третейская процедура) — это частная форма разрешения споров, которая вытекает из соглашения сторон. Государство в законе закрепляет требования соблюдения сторонами своих договорных обязательств в части передачи и разрешения споров в арбитраже, предусматривает ограниченный судебный надзор за арбитражным разбирательством и поддерживает исполнение арбитражных решений таким же образом, как и решений национальных судов. Государство в принципе не может быть учредителем международной арбитражной институции, которая должна быть независимой, в том числе и с точки зрения администрирования. Более того, государство может оказаться истцом или ответчиком в инвестиционном арбитраже, что изначально ставит его в конфликт с попыткой администрировать процесс создания такой арбитражной институции и резко снижает доверие со стороны иностранных инвесторов и к институции, и к юрисдикции, практикующей подобный «независимый» инвестиционный арбитраж.

Намерение Министерства юстиции Украины «реконструировать» Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) при Торгово-промышленной палате (ТПП) Украины путем создания на его основе новой институции звучит странно, поскольку данное министерство никоим образом не вправе вмешиваться ни в деятельность самой независимой арбитражной институции, урегулированную специальным законом, ни в сферу компетенции негосударственной самоуправляемой структуры, при которой институция функционирует. Разве что путем инициирования таких кардинальных изменений в профильном законодательстве, которые не только «перереформируют» институцию, но еще и аннулируют сотни тысяч арбитражных оговорок, усложняя восстановление права на обращение в Украине в международный арбитраж, что значительно снизит доверие к Украине как к месту альтернативного рассмотрения спора. Вынуждена отметить, что в этой части озвученное Министерством юстиции Украины выглядит как торпедирование конкретной институции с перспективой создания контролируемого учреждения.

Как известно, для международного арбитража нет юрисдикционных границ в привычном смысле, и стороны вправе определить своим соглашением компетентную международную институцию безотносительно к своей «национальности».

Этот выбор определяется разными соображениями: от предмета спора и применимого права до удобства расположения и объема затрат на сам процесс. Но, пожалуй, одним из важнейших критериев была и всегда будет так называемая проарбитражность места арбитража. Без этого никакая арбитражная институция не станет надежной и рейтинговой для сторон.

Is [название страны] an arbitration friendly jurisdiction? Вот вопрос, в первую очередь интересующий иностранного партнера и инвестора при согласовании арбитражной оговорки. И ответ на него не является однозначным, поскольку включает в себя оценку достаточно большого круга вопросов: от арбитрабельности до исполнимости арбитражных решений.

Стороны, участвующие в споре, традиционно придают большое значение выбору арбитра. Довольно часто МКАС при ТПП Украины критикуют за рекомендательный принцип списка арбитров (так называемый закрытый список), который, между тем,

включает в себя 122 арбитра из 35 стран мира. Среди лиц в списке авторитетные ученые, судьи в отставке и известные адвокаты, рекомендованные международными рейтингами Chambers & Partners, Legal 500 и Who's Who Legal.

Может ли закрытый список стать причиной отказа согласовать в арбитраже или оговорке МКАС при ТПП Украины? Может.

Является ли это препятствием для согласования Украины как места арбитража с применением правил иного института, скажем, Международного арбитражного суда (МАС) при Международной торговой палате (МТП) или Арбитражного регламента Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)? Абсолютно нет.

То есть закрытый список арбитров является лишь особенностью МКАС при ТПП Украины, для которой, видимо, есть определенные предпосылки, но которая никоим образом не влияет на оценку проарбитражности украинской юрисдикции.

В контексте рассуждений об «открытом» списке в привязке к инвестиционным спорам хотела бы обратить внимание на неоднозначность «открытости» списков арбитров в практике таких споров. Роль автономии сторон спора в выборе арбитров породила глубокие дискуссии о легитимности арбитров, назначаемых сторонами, одна из которых всегда государство. Основными проблемами, связанными с существующими правилами отбора арбитров в инвестиционных арбитражах, стали (а) риск искажения практики рассмотрения споров вследствие использования определенной модели выбора арбитра (например, под критерии спора); (б) искусственное сужение круга арбитров, участвующих в рассмотрении инвестиционных споров (например, недостаточная представленность женщин-арбитров или арбитров из развивающихся стран, ограниченное участие молодых арбитров); (в) необоснованный перекос в сторону тех или иных правовых подходов и концепций.

Как показывает современная ситуация, государства стремятся восстановить контроль над назначением арбитров в инвестиционном арбитраже путем установления ограничений на традиционную автономию воли стороны в их выборе. Большинство недавних соглашений о свободной торговле (ФТА), заключенных ЕС (в том числе с Канадой (СЕТА), Сингапуром (EUSFTA) и Вьетнамом (EUVFTA), предусматривают так называемую систему инвестиционных судов (Investment Court System, ICS), в рамках которой инвестиционные споры могут передаваться в постоянный институционализированный суд, члены которого (с учетом строгих требований независимости и беспристрастности) заранее назначаются государствами — участниками договора. Решения такого суда может быть передано на рассмотрение специально созданному апелляционному органу.

По сути, ЕС стремится заменить правило согласования в ФТА международного арбитража (как альтернативный перечень предложенных государствами — сторонами ФТА международных институций и национальных судов) указанием в них одного многостороннего инвестиционного суда (Multilateral Investment Court, MIC).

В настоящее время в этом направлении активна и Рабочая группа ЮНСИТРАЛ III, на которой обсуждается реформа системы урегулирования споров между инвестором и государством.

Вернемся к оценке проарбитражности юрисдикции. Инфраструктура процесса разрешения спора и технические возможности, предлагаемые арбитражной институцией по месту ее нахождения в ее помещениях или, что очень распространено, в специальных конференц-центрах или адвокатских компаниях, несколько не умаляет важности тех правовых рамок, в которые помещается спор в каждой конкретной юрисдикции.

Нет простого ответа на вопрос о том, что делает юрисдикцию «местом, дружественным к арбитражу». Оценка основана, по крайней мере частично, на субъективных критериях и зависит от конкретной заинтересованной стороны, участвующей в арбитражном процессе: ее ожидания относительно того, что представляет собой благоприятное для арбитража место, не обязательно могут совпадать с ожиданиями адвоката или арбитра.

Позволю себе напомнить, что в принципе во многом благодаря активному участию МКАС в Украине появился соответствующее законодательство и сформировалась судебная практика по вопросам международного арбитража, что дало возможность украинским предпринимателям успешно согласовывать со своими иностранными контрагентами международный арбитраж в Украине. Количество ежегодно рассматриваемых споров тому подтверждение.

Более того, деятельность МКАС при ТПП Украины послужила толчком к развитию в Украине адвокатской практики международного арбитража, представителями которой могут заслуженно гордиться и национальное юридическое сообщество, и государство в целом.

Когда-то узкий в силу объективных причин круг профессионалов-арбитражников сегодня в Украине превратился в развитый конкурентный пул. По сравнению с рядом ведущих международных арбитражных институтов, получивших изначально или в ходе определенных благоприятных обстоятельств статусы всемирных центров (таких, например, как МАС при МТП, Лондонский суд международного арбитража, Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма, Венский международный арбитражный центр), украинская институция развивалась в иных экономических и правовых реалиях.

Коротко напомним, что развитию практики Лондонского суда международного арбитража во многом способствовало исторически широкое применение английского права в торговых контрактах и корпоративных сделках, равно как и стабильная высокопрофессиональная судебная практика по всем связанным с арбитражем вопросам. Для Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма важную роль сыграло подписание в 1970-х годах Соединенными Штатами и Советским Союзом соглашения, по которому именно Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма был определен в качестве нейтрального центра для разрешения торговых споров между «Востоком и Западом». Практически в тот же период времени Китай признал его форумом для

правовую специфику международного арбитража, что влечет толкование и применение ими lex arbitri на основе признанных международных критериев, а не сугубо национальных норм.

Успешность того же Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма во многом связана с проарбитражностью самой юрисдикции. Швеция очень дружественная арбитражу страна. Суды в Швеции, как правило, уверены в арбитраже как в институте, и основополагающий принцип вмешательства в арбитражное разбирательство заключается в том, что суды должны помогать этому разбирательству быть быстрым и эффективным. Например, суд признал, что не должен пересматривать решение арбитражного суда относительно ходатайства о представлении документов, а должен лишь обеспечить соблюдение определенных основных гарантий до того, как будут приняты меры, направленные на принудительное исполнение.

Поскольку национальные суды — это конкретные суды, то именно наличие судебной системы с судьями, «дружественными к арбитражу», и есть в современном развитом и конкурентном мире международного арбитража основным магнитом при выборе места арбитража. А значит, именно это, по нашему мнению, и должно быть основной заботой профильного министерства.

В чем выражается эта «дружественность» национального судьи? Это хорошая тема для отдельного исследования, с примерами из

разрешения спора и технические возможности, предлагаемые арбитражной институцией по месту ее нахождения в ее помещениях или, что очень распространено, в специальных конференц-центрах или адвокатских компаниях, несколько не умаляет важности тех правовых рамок, в которые помещается спор в каждой конкретной юрисдикции.

Нет простого ответа на вопрос о том, что делает юрисдикцию «местом, дружественным к арбитражу». Оценка основана, по крайней мере частично, на субъективных критериях и зависит от конкретной заинтересованной стороны, участвующей в арбитражном процессе: ее ожидания относительно того, что представляет собой благоприятное для арбитража место, не обязательно могут совпадать с ожиданиями адвоката или арбитра.

Позволю себе напомнить, что в принципе во многом благодаря активному участию МКАС в Украине появился соответствующее законодательство и сформировалась судебная практика по вопросам международного арбитража, что дало возможность украинским предпринимателям успешно согласовывать со своими иностранными контрагентами международный арбитраж в Украине. Количество ежегодно рассматриваемых споров тому подтверждение.

Более того, деятельность МКАС при ТПП Украины послужила толчком к развитию в Украине адвокатской практики международного арбитража, представителями которой могут заслуженно гордиться и национальное юридическое сообщество, и государство в целом.

Равнение на арбитраж

1) мешают ли национальные суды стороне добиться исполнения арбитражного решения в минимально необходимый срок и при разумных затратах; 2) есть ли риск быть втянутым в долгие бесплодные судебные тяжбы в национальных судах.

То есть для пользователей международного арбитража важны окончательность решения, скорость его исполнения и связанные с этим затраты. Другими словами, для сторон проарбитражность означает, что государственные суды применяют к арбитражу подход невмешательства (hands-off). Это, в свою очередь, предполагает, что государственные суды знают и уважают

своей роли как помощника арбитража и отчасти привратника, того самого, который «открывает дверь» в исполнение арбитражного решения. При рассмотрении любого вопроса, связанного с решением международного арбитража, судья должен исходить из твердой презумпции окончательности и исполнимости такого решения, то есть должен критично оценивать обратные заявления.

В контексте заявлений о реформировании МКАС при ТПП Украины хотелось бы отметить следующее. За 28 лет своего существования МКАС при ТПП занял достойное место среди аналогичных институций Европы, пройдя свой эволюционный путь развития.

Позволю себе напомнить, что в принципе во многом благодаря активному участию МКАС в Украине появился соответствующее законодательство и сформировалась судебная практика по вопросам международного арбитража, что дало возможность украинским предпринимателям успешно согласовывать со своими иностранными контрагентами международный арбитраж в Украине. Количество ежегодно рассматриваемых споров тому подтверждение.

Более того, деятельность МКАС при ТПП Украины послужила толчком к развитию в Украине адвокатской практики международного арбитража, представителями которой могут заслуженно гордиться и национальное юридическое сообщество, и государство в целом.

Когда-то узкий в силу объективных причин круг профессионалов-арбитражников сегодня в Украине превратился в развитый конкурентный пул. По сравнению с рядом ведущих международных арбитражных институтов, получивших изначально или в ходе определенных благоприятных обстоятельств статусы всемирных центров (таких, например, как МАС при МТП, Лондонский суд международного арбитража, Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма, Венский международный арбитражный центр), украинская институция развивалась в иных экономических и правовых реалиях.

Коротко напомним, что развитию практики Лондонского суда международного арбитража во многом способствовало исторически широкое применение английского права в торговых контрактах и корпоративных сделках, равно как и стабильная высокопрофессиональная судебная практика по всем связанным с арбитражем вопросам. Для Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма важную роль сыграло подписание в 1970-х годах Соединенными Штатами и Советским Союзом соглашения, по которому именно Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма был определен в качестве нейтрального центра для разрешения торговых споров между «Востоком и Западом». Практически в тот же период времени Китай признал его форумом для

разрешения международных споров, и это стало формальным основанием для развития его практики и признания одним из наиболее часто используемых арбитражных учреждений в мире. Роль и функционал МАС в Париже, поддержка, которую он получал от глобальной по своей природе МТП, позитивно сказались на развитии международного арбитражного суда, да и арбитража в целом благодаря широкой инкорпорации различных правовых культур и формированию общих стандартов практики. Если сравнивать эти институции с национальными арбитражными институциями Западной или Восточной Европы, то в силу названных объективных причин все они проигрывают и по количеству дел, и по структуре и объему исков.

МКАС при ТПП Украины уже более десятилетия достойно конкурирует на рынке услуг по международному арбитражу. Он неуклонно развивается и совершенствуется. В составе руководства и секретариата МКАС, в списке арбитров достаточно много высокопрофессиональных специалистов, в том числе иностранных, стремящихся развивать институцию. И что важно, МКАС открыт к диалогу. Современный регламент, конкурентная инфраструктура и техническая оснащенность, активность и современные методы коммуникаций с бизнесом и юридическим сообществом, признание внутри международного сообщества арбитражных институций — все это присуще МКАС при ТПП Украины.

И без создания на территории нашей страны филиалов или отделений других институций, о чем потенциально говорит Министерство юстиции Украины, стороны международного спора могут предусмотреть в своей арбитражной оговорке его рассмотрение в Украине по регламенту МАС при МТП, или Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, или ЮНСИТРАЛ и так далее, если это будет в синергии с применимым правом и другими обстоятельствами спора (например, касающимися соразмерности затрат на арбитраж и цены иска, расположения принципиальных активов и т.д.).

Другой вопрос, захотят ли они это делать в условиях постоянного реформирования судебной системы и заявлений со стороны власти о ее коррумпированности и непрофессионализме, по-прежнему стойкого недоверия со стороны граждан и бизнеса. Что предпринимается профильным министерством в данном аспекте, чтобы помочь судьям познакомиться с практикой своих английских, французских, американских, шведских, австрийских, сингапурских коллег по разрешению сложных правовых проблем, возникающих в связи с переданными на рассмотрение суда вопросами международного арбитража?

Как я отметила в начале статьи, государства поддерживают развитие национальных арбитражных институций. В Украине сейчас почему-то взят курс на нивелирование опыта и устойчивой позиции национальной институции. Как пример, в 2017 году Турция, подписывая с Украиной новую редакцию двустороннего соглашения о взаимном содействии и защите иностранных инвестиций, предложила в нем среди возможных опций для рассмотрения споров между иностранным инвестором и государством указать свой национальный арбитражный институт (Стамбульский арбитражный центр, ISTAC), которому на тот момент было всего два года. Украина же двусмысленно упомянула какую-то безликую «соответствующую институцию Украины», хотя МКАС при ТПП Украины в том году отметил свое 25-летие и является признанным восточноевропейским арбитражным центром. И если своей позицией Турция подчеркивает уважительное отношение к национальному арбитражному центру,

содействуя его развитию и продвижению, то Украина по непонятной причине случайно или сознательно нивелирует «вещь» своего более опытного и развитого национального институции.

Иной упоминаемый казус, заслуживающий обсуждения, — это опыт продвижения государством комплексной программы создания условий для иностранных инвестиций путем учреждения международных финансовых центров (например, как в Объединенных Арабских Эмиратах, Сингапуре, Гонконге, Республике Казахстан). Если говорить о Международном финансовом центре «Астана» (МФЦА), созданном в Республике Казахстан в 2018 году, то согласно своим целям он предлагает бизнесу «всеобъемлющий юридический режим привлечения, осуществления и защиты инвестиций, основанный на самом удобном для бизнеса праве МФЦА, базирующемся на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и/или стандартах ведущих мировых финансовых центров». То есть осуществлен сознательный отход от национальной юрисдикционной монополии государства.

В рамках МФЦА созданы суд МФЦА, независимый в своей деятельности и не являющийся частью судебной системы Казахстана, и Международный арбитражный центр (МАЦ). Подчеркну, что правовая возможность запуска подобных институций была оформлена специальным конституционным законом, ставшим частью основ конституционного строя Республики Казахстан.

Открытые в июле 2019 году суд МФЦА и МАЦ рассмотрели за год пять дел. При этом одно дело (в суде МФЦА) — это спор с небольшой суммой иска по контракту о неуплате услуг между зарегистрированным участником МФЦА и иностранной компанией. В МАЦ же в 2019 году поступило только первое исковое заявление, а оставшиеся три дела были предметом медиации. Кампания по продвижению МАЦ (да и суда МФЦА) покажет свою успешность как минимум только по итогам двух-трех лет, когда будут понятны количество, характер и размер рассмотренных споров.

В любом случае при обсуждении перспективы учреждения в Украине суда на подобии суда МФЦА нужно понимать необходимость внесения изменений в Конституцию Украины, поскольку речь идет о существенном отступлении от задекларированных в ней принципов и структуры осуществления правосудия. Целесообразность такого отступления — вопрос более чем спорный.

И в заключение надо сказать что развитие национальных институций международного арбитража — вопрос комплексный. А вот доверие и уверенность в качестве их услуг — беспристрастном профессиональном рассмотрении споров независимыми арбитрами — в значительной мере забота юридического сообщества. От качества подготовки и профессиональной порядочности национальных юристов, которые составляют движущие силы арбитража и как арбитры, и как представители сторон, во многом зависит имидж и репутация самой институции. И ее будущее.

Инициатива поднять вопрос повышения инвестиционной привлекательности Украины путем улучшения практики международного арбитража сама по себе хороший повод решить старые проблемы и скоординировать усилия по их преодолению. Оберегая при этом те достижения и успехи, включая стабильную позицию МКАС при ТПП Украины как одного из ведущих арбитражных центров Восточной Европы, которые позволяют нам говорить о том, что в Украине есть достойная практика международного арбитража и базовая «дружественность» национальной судебной системы.

СЛИПАЧУК Татьяна — кандидат юридических наук, адвокат