ЮРИСТ & ЗАКОН
АНАЛИТИЧЕСКОЕ ИЗДАНИЕ

30.06.2017 – 06.07.2017, № 25

СУДЕБНЫЙ ВЗГЛЯД

Главная статья
Действительная и эффективная арбитражная оговорка. Глобальные вызовы

Компетентное мнение
Арбитражное соглашение и арбитражная оговорка во внешнеэкономических контрактах: используем правильно
Международный коммерческий арбитраж: практические вопросы
"Слитая" и похищенная хакерами информация: примет ли арбитраж такое доказательство?
eSports Arbitration – от будущего к реальности
Украина в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (ICSID)
Необходимы ли суды для цивилизованного ведения бизнеса: пример Центра ВОИС по арбитражу и посредничеству

Судебный взгляд
Как "оговорка" может решить исход дела

Актуально
(Не)Содействие международному арбитражу: перспективы процессуальных изменений
Признание и исполнение арбитражных решений в Украине: проблемы и перспективы
Эффективность арбитражных решений: актуальные законопроекты

Концепция отказа от права на возражение против нарушений в ходе арбитражного рассмотрения в судебной практике

Процессуальная добросовестность в международном коммерческом арбитраже остается категорией, наполненной куда более реальным содержанием, нежели в национальном судебном процессе. Утверждению процессуальной добросовестности в арбитраже способствуют разные механизмы, в частности механизм распределения арбитражных расходов, позволяющий возлагать на недобросовестную сторону финансовое бремя ее недобросовестных действий, инструменты доказывания, которые дают возможность считать установленными определенные обстоятельства, выяснению которых недобросовестно противится сторона, а также механизм лишения права на возражение против нарушений в ходе арбитражного рассмотрения стороны, которая недобросовестно старается обратить эти нарушения в собственную пользу. Именно концепция отказа от права на возражение является предметом данной статьи.

Положение о том, что сторона, которая знает о том, что какое-либо положение закона, от которого стороны могут отступать, или какое-либо требование, согласно арбитражному соглашению, не были соблюдены, и тем не менее продолжает принимать участие в арбитражном производстве, ***не заявив возражений против такого несоблюдения без неоправданной задержки, а если для этого предусмотрен любой срок, то в течение этого срока*** считается отказавшейся от своего права на возражение, закрепленного в законодательстве об арбитраже во многих странах, а также в целом ряде известных арбитражных регламентов. Есть оно также в Законе Украины "О международном

коммерческом арбитраже" (статья 4) и Регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины (статья 36). Об основах этого правила, обосновании оснований, которые за ним стоят, а также о его полезности для обеспечения действия арбитражного решения тут говорить излишне – они понятны практикам арбитража.

В то же время государственные суды в практике по делам об отмене арбитражных решений до сих пор с опаской обращаются к этому положению закона. То ли продиктовано это крайней осторожностью судей, которые тут неуместно проникаются тем, чтобы не быть обвиненными в создании препятствий для доступа лица к правосудию, то ли дело в почти инстинктивном желании "полно и всесторонне выяснять обстоятельства дела", которое не позволяет указать жалобщику, что он утратил право на обжалование, без основательного исследования всех аспектов арбитражного рассмотрения и принятого арбитрами решения.

Так, по арбитражному делу, которое было рассмотрено арбитражным судом МКАС при ТПП Украины при участии автора настоящей статьи в качестве представителя истца, стороны независимо друг от друга указали на одно и то же лицо как на назначенного ими арбитра. А поскольку арбитражное соглашение было не совсем типичным – оно предусматривало рассмотрение дела двумя арбитрами – назначение сторонами арбитром одного человека создало основания для того, чтобы дело было рассмотрено этим лицом, признанным ученым и авторитетным практиком, как единоличным арбитром. Обе стороны приняли участие в рассмотрении, подавали заявления, доказательства, командировали своих представителей для участия в слушаниях.



Ни одна из сторон не возражала против рассмотрения дела одним арбитром. Однако когда арбитражный суд принял окончательное решение, ответчик подал в суд заявление об его отмене на тех основаниях, что оно якобы было принято с нарушением арбитражного соглашения, а именно в составе арбитражного суда, не отвечающем арбитражному соглашению.

Шевченковский районный суд города Киева определением от 8 июня 2016 года по делу № 761/5425/16-ц отказал в удовлетворении заявления. Определение основывалось как на том, что нарушения арбитражного соглашения не было, поскольку стороны сами назначили одного человека рассматривать дело, так и на том, что ответчик утратил право ссылаться на это обстоятельство как на нарушение, поскольку не заявил о нем в ходе арбитражного рассмотрения.

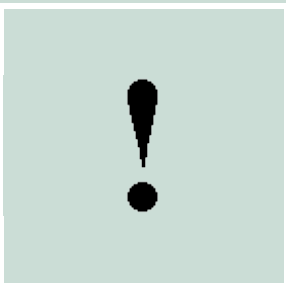
Апелляционный суд города Киева определением от 5 декабря 2016 года поддержал позицию суда первой инстанции, однако сместил акцент и об отказе от права на возражение вспомнил только при цитировании положения статьи 4 Закона Украины "О международном коммерческом арбитраже".

Больше всего своей позицией удивил Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, который определением от 31 мая 2017 года отменил по этому делу все принятые решения и направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Суд кассационной инстанции в качестве основания для такого своего решения указал на то, что "постановляя обжалованные определения, суды [...] пришли к выводу об отказе в удовлетворении заявления, не опровергнув доводы заявителя о том, что своим уведомлением о личности арбитра они не изменили условия договора, которым были предусмотрены два арбитра, а только предложили арбитра со своей стороны, а арбитражному учреждению и его руководящим лицам не предоставлено право менять по собственному желанию количественный состав суда вопреки арбитражному соглашению".

Интересно то, что вопрос об отказе от права на возражение суд кассационной инстанции в своем обосновании полностью оставил без внимания, хотя вопрос для суда не был сложным или новым. Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел уже высказывал позиции по этому вопросу в своем определении от 23 января 2013 года по делу № 6-

46810св12, где указал: "На заседании 12 марта 2012 года присутствовали представители ответчика, которые подали отзыв на исковое заявление, однако каких-либо возражений относительно формирования состава арбитров или отвода арбитров не заявили. В соответствии со ст. 4 Закона Украины "О международном коммерческом арбитраже" сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, или какое-либо требование, согласно арбитражному соглашению, не были соблюдены, и тем не менее продолжает принимать участие в арбитражном производстве, не заявив возражений против такого несоблюдения без неоправданной задержки, а если для этого предусмотрен какой-либо срок, то в течение этого срока считается отказавшейся от своего права на возражение".

Кроме того, что для суда кассационной инстанции этот вопрос не новый, он также и несложный, особенно относительно тех обстоятельств, которые имели место в обоих упомянутых выше делах. В этих делах речь шла об утверждаемом заявителями нарушении положений арбитражного соглашения о составе арбитражного суда, то есть положений, о которых стороны могут договариваться и от которых они имеют право отступать. При таких обстоятельствах положение Закона "О международном коммерческом арбитраже" относительно отказа от права на возражение даже не требует какого-то расширенного толкования; дело, так сказать, классическое.



Судебной практике в других странах с развитыми арбитражными системами присущи более смелые подходы. Так, Апелляционный суд Парижа в течение последних лет по делам об отмене арбитражных решений регулярно исходит из того, что для того, чтобы доводы стороны против арбитражного решения могли быть рассмотрены судьей по делу об отмене арбитражного решения, жалоба должна быть заявлена перед арбитражным судом, если это возможно было сделать.

Швейцарский Федеральный Верховный суд также неоднократно обращал в своих решениях внимание на то, что сторона, считающая себя жертвой процессуальных нарушений, должна заявить возражение без промедления непосредственно в арбитраже. Иначе, по мнению суда, будет иметь место нарушение принципа добросовестности, поскольку получается, что сторона ждет результат арбитражного рассмотрения, чтобы заявить возражение только в том случае, если этот результат будет не в ее пользу. Кроме того, возражение против нарушений в ходе арбитражного рассмотрения должно быть заявлено с достаточной четкостью, чтобы арбитражный суд имел возможность отреагировать на заявление и исправить ситуацию, если нарушение действительно имело место (*Bьhler, Michael W., Webster, Thomas H. Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials, 2nd edition. Sweet & Maxwell, London 2008. – pp. 607 – 608*). Намек, высказывание соображений стороной или вопросы стороны арбитражному суду относительно того, как арбитражный суд понимает надлежащую реализацию стороной того или иного своего права, не составляет таким образом заявления о нарушении в ходе арбитражного рассмотрения.

Такое толкование полностью вкладывается в концепцию отказа от права на возражение, которое закреплено в отечественном Законе "О международном коммерческом арбитраже". Оно и не удивительно, учитывая то, что этот Закон полностью отвечает Типовому закону ЮНСИТРАЛ.

Итак, справедливым и для украинской судебной практики является подход, при котором ***сторона, добивающаяся отмены арбитражного решения на основаниях существования нарушения в ходе арбитражного рассмотрения, должна доказать следующие обстоятельства***:

1) нарушение действительно имело место;

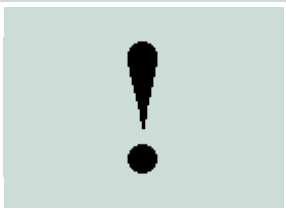
2) нарушение существенным образом повлияло на справедливость рассмотрения дела;

3) о нарушении было заявлено в ходе арбитражного рассмотрения;

4) заявление о нарушении было сделано без промедлений или в течение установленного срока;

5) заявление было сделано четко и недвусмысленно.

Конечно, сторона может также доказывать, что она не имела возможности однозначно и без промедлений заявить о нарушении. В то же время и тут следует учитывать то, что именно на эту сторону возлагается бремя доказывания отсутствия у нее такой возможности.



При отсутствии каких-либо чрезвычайных обстоятельств, доказать невозможность заявить о процессуальных нарушениях будет довольно сложно, если после утверждаемого стороной нарушения сторона принимала участие в арбитражном рассмотрении, в частности подавала заявления и доказательства, принимала участие в слушаниях.

Законодательство о международном коммерческом арбитраже и арбитражных регламентах во многих арбитражных системах преимущественно исходит из того, что отказ от права на возражение возможен относительно нарушений тех положений закона, от которых стороны могут отступать. Отступление от положений закона сторона может осуществлять как самостоятельно реализуя свои процессуальные права, так и через заключение арбитражного соглашения или достижение иного согласия с другой стороной арбитражного рассмотрения.

Почти очевидно, что отказ от права на возражение не распространяется на случаи, когда имеет место нарушение публичного порядка. Однако широкая интерпретация концепции публичного порядка, которая иногда, хотя и не часто, случается в отечественной судебной практике, заставляет обратить внимание, что речь должна идти прежде всего о транснациональном публичном порядке, то есть о тех базовых ценностях, которые не просто присущи правовой системе, а являются определяющими для нее цивилизационно. Часто к таким ценностям, составляющим транснациональный публичный порядок, относят также фундаментальное **право быть услышанным** как составляющую метапринципа справедливого рассмотрения (due process), которое признано в арбитраже (*Пильков К. Н. Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже : Научно-практическое пособие. – Киев : Освита Украины, 2016. – С. 50*). От возражений против нарушения этого фундаментального права сторона якобы не может отказаться. Но этот тезис требует уточнения.

Нарушение права быть услышанным является таким, которое обычно может быть исправлено в ходе арбитражного рассмотрения. Поэтому даже учитывая его фундаментальное значение для обеспечения справедливости всего арбитражного рассмотрения, в судебной практике дружеских к арбитражу стран, в частности Германии, оно рассматривается как такое, которым сторона свободно распоряжается, а потому на его нарушение также должна реагировать однозначным заявлением о возражении, сделанным незамедлительно. От этого фундаментального права нельзя отказаться на будущее, но возражать или не возражать против нарушения – право стороны.

Делу унификации мировой практики несколько вредит то, что в некоторых странах нарушение процессуальных правил, о применении которых договорились стороны, составляет безусловное основание для отмены арбитражного решения. Буквальное толкование статьи V (1)(d) Нью-Йоркской конвенции 1958 года, которая рассматривает такое нарушение как самостоятельное основание для отказа в предоставления разрешения на принудительное исполнение иностранного арбитражного решения, также усложняет формирование единой практики применения этой концепции в делах об отмене решения (*Poudret, Jean-Franзois, Besson, Sũbastien. Comparative Law of International Arbitration, 2nd edition. Sweet & Maxwell, London, 2007. – pp. 481 – 482*).

ВЫВОД:

Распространение концепции отказа от права на возражение на фундаментальные процессуальные права, конечно, открывает поле для дискуссии, выходящей за пределы настоящей статьи. То же касается и только упомянутой проблемы соотношения этой концепции с положениями Нью-Йоркской конвенции, которые хотя и касаются вопросов исполнения арбитражных решений, однако оказывают влияние и на вопросы, связанные с их действием. Вместе с тем, как видим, даже придерживаясь наиболее узкой интерпретации концепции отказа от права на возражение, то есть той, которая позволяет отказаться от права на возражение только против нарушения тех положений, о которых стороны могут договариваться или от которых могут отступать, в упомянутом выше деле суд не был поставлен перед сложной проблемой. Думается, что судебная практика должна все же повернуть на путь проарбитражного отношения в делах об отмене арбитражных решений, с которого она недавно уклонилась после довольно важных достижений в этой сфере в предыдущие годы.

Константин Пильков,
к. ю. н., арбитр МКАС при ТПП Украины, партнер арбитражной практики
ЮФ Cai & Lenard



© ООО «Информационно-аналитический центр «ЛИГА», 2017.
© ООО «ЛИГА ЗАКОН», 2017.

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