

Олена Перепелинська, Тетяна Сліпачук
Правовий тиждень, №19(92) 6 травня 2008 р.

Що слід врахувати при виборі арбітражу

Багато фірм, укладаючи зовнішньоекономічні договори, регулярно стають перед вибором, який саме арбітраж погодити в арбітражному застереженні. Міжнародні арбітражі, незважаючи на наявність схожих рис, мають кожний свої специфічні риси, які обумовлені не тільки «національною» приналежністю арбітражу, але й результатом багаторічної практики, яка, як відомо, формується на засадах індивідуального підходу.

Труднощі вибору

Внаслідок цього, розбіжності виходять за межі таких досить простих критеріїв, як нейтральність арбітражу, його знаходження чи розмір арбітражного збору. Іноді передача спору на розгляд авторитетного арбітражу не стає запорукою як очікуваного міжнародного арбітражного розгляду, так і гарантії подальшого неризикового виконання арбітражного рішення. Постає питання, наскільки розумним може вважатися вибір міжнародного арбітражного суду в третій нейтральній країні, якщо жодна зі сторін не має до неї ніякого відношення, і потенційних відповідач не має там активів чи майна? Наскільки ризик вибору міжнародного арбітражу, практика розгляду спорів якого базується на зовсім інших принципах і правилах, ніж ті, що діють в країні майбутнього виконання рішення є оправданим з точки зору виконання рішення і потенційної загрози зіткнутися із посиланням на порушення публічного порядку?

Інформація щодо сторін договору має враховуватись з декількох аспектів. Крім визначення потенційного місця виконання арбітражного рішення (за місцезнаходженням сторони чи її майна), в певних ситуаціях необхідно визначити, чи можуть сторони взагалі укласти арбітражну угоду між собою. Так, законодавство деяких країн, зокрема, України та РФ, дозволяє передавати на вирішення міжнародного арбітражу не тільки спори, в яких хоча б в одній стороні комерційне підприємство знаходиться за кордоном, а й спори між або за участю національних підприємств з іноземними інвестиціями. Питання про те, чи може спір між, наприклад, двома підприємствами з іноземними інвестиціями, зареєстрованими на території України, бути переданий на вирішення міжнародного арбітражу, місце якого знаходиться на території якоїсь третьої держави, потребує додаткового аналізу в кожній конкретній ситуації з урахуванням відповідних положень національного законодавства такої третьої держави та положень арбітражного регламенту обраної арбітражної інституції (або арбітражу ad hoc). Наприклад, відповідно до Арбітражного Регламенту МТП (ст. 1.1) міжнародний суд МТП також вирішує спори, які не мають міжнародного характеру за умови, що є арбітражне застереження, яке надає йому таке право .

Арбітрабельність спорів

Укладаючи арбітражну угоду необхідно наперед оцінити, які саме спори можуть виникнути між сторонами відповідного договору з приводу останнього. Це має значення, в першу чергу, для оцінки арбітрабельності таких спорів.

За загальним правилом, до міжнародного комерційного арбітражу може бути переданий спір, що виник з комерційних відносин. При цьому поняття «комерційний» трактується, як правило, досить широко, але в багатьох країнах світу не можуть передаватися на вирішення міжнародного комерційного арбітражу спори, що виникають з трудових, сімейних відносин, споживчих договорів, банкрутства чи антиконкурентних дій тощо. Крім того, законодавство кожної країни може містити обмеження щодо передачі спорів певних категорій на вирішення міжнародного комерційного арбітражу. В українському законодавстві прикладом такої заборони є положення ст. 12 ГПК України щодо спорів «..., що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб».

Перевіряти арбітрабельність потенційних спорів необхідно за законодавством відразу кількох країн: за «законом національної приналежності» сторін договору, за законодавством місця знаходження обраного арбітражу та за законодавством місця виконання арбітражного рішення.

Необхідно оцінити, чи може потенційний спір щодо виконання відповідного договору бути пов'язаним з виконанням іншого договору чи договорів, укладеним між тими ж самими сторонами або між однією з них та третьою стороною. І, відповідно, чи може виникнути необхідність розглядати всі ці договірні відносини в комплексі в одному арбітражному провадженні і/або залучати до нього третю сторону. Також може постати питання про об'єднання справ.

Інші критерії

Важливе значення має місце арбітражу і з позиції вибору права, що підлягає застосуванню до арбітражного процесу, оскільки таке питання виходить за межі регламенту обраної інституції і охоплюється арбітражним законодавством певної країни. Наприклад, ст. 16 (3) регламенту Лондонського суду міжнародного арбітражу прямо визначає, що законом, що застосовується до арбітражу, є закон офіційного місця арбітражу. При цьому сторони мають можливість домовитися застосувати інші закони арбітражу, якщо це не заборонено законом офіційного місця арбітражу. Не треба залишати поза увагою і правила здійснення арбітрами визначення права, що має бути застосовано до суті спору, оскільки при відсутності вибору сторін, за різними регламентами і арбітражними законами можуть бути застосовані арбітрами як норми права (включаючи так зване транснаціональне право), так і лише «національне» право певної країни.

Має значення місце арбітражу і з позиції філософії самого процесу, застосування до нього змагального чи інквізиторського (активна для арбітрів) принципу розгляду. Останнє суттєво буде впливати на процес доказування, участь свідків, надання документів, в тому числі на застосування примусового розкриття інформації (discovery/disclosure).

Обираючи певну постійно діючу арбітражну інституцію або арбітраж ad hoc необхідно ознайомитись з арбітражним регламентом/регламентами (якщо їх декілька для різних категорій арбітражних проваджень) такої арбітражної інституції або регламентом арбітражу ad hoc (якщо сторони вирішили погодити саме його застосування, наприклад, Арбітражного Регламенту ЮНСІТРАЛ). Це дозволить не тільки уникнути неприємних «сюрпризів» в арбітражному провадженні, а й оцінити, наскільки цей регламент підійде для вирішення потенційних спорів, що можуть виникнути з певного договору. Враховуючи конкретні обставини, положення арбітражного регламенту необхідно оцінити з точки зору строків і порядку, об'єму можливих письмових подань, об'єднання арбітражних проваджень, внесення додаткових змін, ведення протоколу слухань, можливості залучення до арбітражу третьої сторони (joinder) у випадках, коли відсутня згода між сторонами з цих питань; особливості проваджень, стороною яких є декілька позивачів і/або відповідачів тощо. В деяких арбітражних регламентах встановлено максимальний строк розгляду справ. Це стосується, перш за все, правил спрощеної процедури – для розгляду нескладних справ. З урахуванням конкретних обставин та предмету потенційного спору інколи доцільно погодити саме таких арбітражний регламент, що допоможе зекономити не тільки не тільки час, а й витрати.

Треба розуміти й роль судів за місцем арбітражу, оскільки їх участь у сприянні арбітражу чи, навпаки, різниться у різних країнах. Безумовно, важливо, щоб втручання судів було мінімальним і лише сприятливим. Перш за все, стає питання процесуальних можливостей суду щодо прийняття заходів попереднього характеру щодо забезпечення спору. Також відповідно до особливостей спору може мати значення і повноваження суду щодо сприяння в отриманні доказів та опитуванні свідків. Безперечно важливим є і те, на яких підставах суд може скасувати рішення міжнародного арбітражу, а саме чи є вони ширшими, ніж ті, що зазначені у Типовому Законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж чи Нью-Йоркській Конвенції 1958 р. про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень.

Вартість арбітражу

Далеко не останнє значення при виборі того чи іншого міжнародного комерційного арбітражу має його потенційна «вартість». Необхідно заздалегідь співвіднести суму потенційного позову та суму арбітражних витрат, які доведеться понести, щоб отримати позитивне арбітражне рішення, яке, в свою чергу, ще необхідно буде привести до виконання. При цьому необхідно брати до уваги декілька категорій витрат: арбітражний збір (включає в себе гонорари арбітрів, адміністративні витрати арбітражної установи тощо) та витрати кожної сторони (витрат на юридичне представництво, витрати на відрядження представників (проживання, транспортні витрати тощо)). Розмір витрат першої категорії залежить від правил та практики обраної арбітражної установи (в інституційному арбітражі) та розсуду арбітрів (в арбітражі ad hoc). Розмір витрат другої категорії залежить від місця знаходження арбітражу (місця проведення усних слухань, якщо воно

відрізняється від місця знаходження арбітражу), кількості свідків, гонорарів представників сторін тощо.

В різних арбітражних інституціях існує досить відмінна практика відшкодування витрат обох категорій сторони, на користь якої винесено арбітражне рішення, особливо в частині відшкодування витрат сторін. Наприклад, в США, незважаючи на досить значні гонорари адвокатів, кожна сторона несе ці витрати самостійно. В Англії, як правило, сторони, що виграла спір, відшкоднують сплачений нею арбітражний збір в повному обсязі, але понесені нею інші витрати на арбітраж можуть бути компенсовані в середньому на 75-80%. МКАС при ТПП України покладає арбітражний збір на сторону, проти якої виноситься рішення пропорційно до суми задоволених позовних вимог. Що стосується відшкодування витрат на представлення своїх інтересів в суді, то ця практика МКАС досі носить суперечливий характер, хоча в Регламенті є положення щодо застосування критерію розумності та обґрунтованості таких витрат.

Згадане є досить стислим міркування, але навіть з огляду на нього, зрозуміло, що стандартної та однозначної відповіді на питання «який арбітраж краще обрати?» не існує. В кожному випадку необхідно враховувати умови договору, побажання сторони, її статус у договірних відносинах, предмет можливих спорів та інші обставини, що дозволить започаткувати переумои ефективного арбітражного провадження та вирішення спорів.