

**ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ОСНОВИ ВИНИКНЕННЯ
ПОНЯТТЯ «НЕАРБІТРАБЕЛЬНІСТЬ СПОРУ»**

**LEGAL NATURE AND ORIGIN BASICS
OF NOTION «NON-ARBITRABILITY OF THE DISPUTE»**

Хоперія А.А., аспірант

Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Статтю присвячено категорії арбітрабельних та неарбітрабельних спорів, їх правовій природі та особливостям останньої, законодавчому визначенню арбітрабельних спорів в Україні та поняттю «цивільно-правовий аспект».

Щоб визначити першооснови виникнення понять арбітрабельності та неарбітрабельності спору (котрі впливають на можливість передання спору на розгляд міжнародного комерційного арбітражу), у статті досліджувалися причини їх установа. Проаналізовано такі передумови обмеження арбітрабельності: договірні риси арбітражної угоди та суверенітет держави, участь у спорі лише сторін арбітражної угоди (або обмежене коло осіб арбітражної угоди), зв'язок предмета спору з національними публічно-правовим регулюванням та імперативними нормами і процедурами, відповідність публічному порядку. Зроблено висновок, що публічно-правова природа регулювання та імперативність його норм є ключовими підставами обмеження арбітрабельності.

У роботі приділено увагу способу визначення неарбітрабельних спорів та виключення з питань арбітрабельності підвідомчих господарським судам спорів в українському законодавстві. Спосіб, у який українське законодавство вирішує питання арбітрабельності спорів, був оцінений як негативний через значну розпорошеність законного регулювання та необґрунтованість розташування переліку неарбітрабельних спорів у Господарському процесуальному кодексі.

У статті приділено увагу змінам щодо арбітрабельності деяких спорів, які були внесені внаслідок реформи процесуального законодавства 2017 року, згадано актуальні види неарбітрабельних спорів. Також досліджено окремі аспекти спорів, які за загальними правилами є неарбітрабельними, але через свою цивільно-правову природу (цивільно-правовий аспект) можуть подаватися на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу.

Установлено, що цивільно-правовий аспект є новою категорією, котра ще не визначена ні нормативно, ні теоретично, ні через судову практику. Наведено власне тлумачення цієї категорії: це такий аспект об'єкта спору, який безпосередньо впливає з положень цивільного права та диспозитивного методу правового регулювання, в основі якого лежить рівність суб'єктів цивільних відносин, їх фактична можливість установа положення договору або ж погоджуватися з положеннями договору на власний розсуд та існування у правовідносинах приватно-правового інтересу.

Ураховуючи визначення концепції «цивільно-правовий аспект», наведено приблизний та невичерпний перелік спорів, які можуть бути передані на розгляд міжнародному комерційному арбітражу.

Ключові слова: арбітрабельність, неарбітрабельність спору, обмеження арбітрабельності, публічно-правове регулювання, імперативні норми та процедури, публічний порядок, реформа процесуального законодавства 2017 року в Україні, цивільно-правовий аспект.

The article is devoted to the category of arbitrable and non-arbitrable disputes, their legal nature and features of the latter, the legislative definition of arbitrable disputes in Ukraine and the concept of "private law aspect".

To determine the basics of concept "arbitrability" and "non-arbitrability" of the dispute, in the article were examined the reasons of their establishment. These concepts affect the ability of parties to submit a dispute to international commercial arbitration. There were analyzed the preconditions for limiting the arbitrability: contractual element of arbitration agreement and sovereignty, participation in the dispute only by the parties to the arbitration agreement (or exhaustive list of parties in arbitration agreement), connection between the subject of the dispute and public policy of the state its imperative norms and regulations, conformity with public order. It was concluded that public policy and its imperative norms are key grounds for limiting the arbitrability.

In the article there was paid attention to the method of Ukrainian legislation in determining the arbitrability of disputes and in excluding from arbitrability issues under the jurisdiction of commercial courts. The way in which Ukrainian legislation decides on arbitrability of disputes was assessed as negative, due to the significant dispersion of legal regulations and the unreasonableness of the fact that the list of non-arbitrable disputes is in the Commercial Procedure Code.

There was paid attention to the changes in the arbitrability of some disputes, which were introduced because of the reform of procedural laws of 2017. There was mentioned the current types of non-arbitrable disputes under Ukrainian legislation. It was analyzed that some disputes that are generally referred as non-arbitrable could be reviewed by international commercial arbitration due to their civil nature («private law aspect»).

We found that the "private law aspect" is a new category and yet does not have definition in normative, theoretical level and was not interpreted through case law. There was introduced the definition of forementioned concept: it is such aspect of dispute object which directly follows from provisions of private law and dispositive method which is based on equality of parties of civil relations, their actual possibility to establish and agree on the contract provisions; and follows from the existence of a private interest in the legal relations.

Given the definition of the concept of "private law aspect", there was proposed an approximate and non-exhaustive list of disputes that can be referred to international commercial arbitration.

Key words: arbitrability, non-arbitrability of disputes, limiting the arbitrability, public policy, imperative norms and regulations, public order, reform of procedural laws of 2017 in Ukraine, private law aspect.

Постановка проблеми. Визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу є одним із ключових етапів арбітражного процесу: якщо сторона спору не виконує рішення арбітражу добровільно, то таке виконання повинна забезпечити судово-виконавча система держави, на території якої рішення мали б виконатися. У такій державі суди перевіряють відповідність рішення на предмет арбітрабельності та відповідності публічному порядку. У 2017 році відбулася реформа процесуального законодавства, якою внесено корективи у перелік неарбітрабельних спорів.

Це робить актуальним дослідження неарбітрабельності як підстави для відмови у визнанні та наданні дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Арбітрабельність спору досліджували Л. Винокуров [1, с. 145–150], Б. Сліпачук та М. Селівон [2], М. Ключковський [3], Г. Смірнов [4], І. Ємельянова [5], С. Гришко [6], М. Тетерук [7], О. Ткачук [8] та інші. Ураховуючи вищевказане нове нормативно-правове регулювання, залишається ще низка невирішених теоретичних питань.

Формулювання цілей статті (постановка завдання).

Завданням дослідження є визначення першооснов походження концепції арбітрабельності спорів, її співвідношення з публічним порядком, аналіз актуального правового регулювання арбітрабельності спорів та дослідження поняття «цивільно-правовий аспект спору» як підстави для визнання останнього арбітрабельним.

Виклад основного матеріалу. Арбітрабельність спорів впливає з автономії волі сторін і їх можливості передати вирішення своїх спорів у арбітраж. Тому національне законодавство країн-учасниць Конвенції накладає певні обмеження на категорії спорів, які може вирішувати арбітраж [9, с. 5]. На думку К. Воронова, в основі встановлення таких обмежень лежить концепція суверенітету, що не дозволяє вирішувати важливі для держави категорії спорів поза державною юрисдикцією [10, с. 35, 36]. Погоджуємось із цією думкою науковців. При цьому вбачаємо, що об'єктивною першопричиною встановлення неарбітрабельних спорів є все ж не стільки суверенітет держави, скільки об'єктивна пов'язаність предмета спору з національним правом держави, особливо його імперативними нормами. Суверенітет держави не може бути порушений лише розглядом рішення арбітражем, адже саме з домовленості держави та її законів арбітражні рішення підлягають виконанню на території останньої, а захист суверенітету виявляється у судовому контролі під час визнання та виконання рішень арбітражу.

Як зазначають іноземні науковці, об'єктивною передумовою обмеження арбітрабельності є договірне походження арбітражного розгляду. Також зазначається, що арбітражною угодою пов'язано обмежене коло осіб, тому арбітри не можуть розглядати ті види спорів, до яких можуть бути залучені треті особи. Прикладом можуть бути спори з питань банкрутства, корпоративні спори тощо [11, с. 104]. Теза про обмежене коло осіб, на нашу думку, не має ключового значення для арбітрабельності, адже арбітражне застереження може бути включено в договори про приєднання, спрямовані на необмежене коло осіб, в установчі документи юридичної особи, які регулюють відносини учасників з цією особою тощо. На нашу думку, першочерговим у цій ситуації є пов'язаність предмета спору саме з імперативним правовим регулюванням національного права чи певними процедурами, в межах яких арбітражний розгляд не може бути здійснено.

Як свідчать тенденції та, зокрема, нещодавня реформа процесуального законодавства, якою внесені істотні зміни до підходу визначення неарбітрабельних спорів, цивільно-правовий аспект спорів навіть з істотною пов'язаністю з публічно-імперативним регулюванням може бути винесений на розгляд міжнародного комерційного арбітражу.

Окремою проблематикою є розрізнення неарбітрабельних спорів та тих спорів, визнання та виконання арбітражного рішення щодо яких суперечитиме публічному порядку.

С. Теплюк наголосив на тому, що окремі норми Нью-Йоркської конвенції, які визначають арбітрабельність спорів, входять до публічного порядку держави. Проте не всі норми, що визначають арбітрабельність, впливають на публічний порядок [12, с. 67]. Інші науковці відкидають залежність арбітрабельності від інституту публічного порядку, адже вплив публічного порядку на арбітрабельність є незначним, і знаходять витоки обмеження обсягу арбітрабельності спорів у договірних рисах арбітражної угоди [13, с. 6].

Ми вважаємо, що це категорично різні правові конструкції, які виконують різні функції, хоч в окремих випадках може прослідковуватися залежність між категоріями «публічний порядок» та «неарбітрабельних спорів» або мотиви встановлення окремих спорів неарбітрабельними через можливу суперечність публічному порядку.

Якщо неарбітрабельні спори – це певні категорії спорів, заздалегідь визначені законодавством (правом) держави як

такі, які не можуть бути передані на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, то публічний порядок як категорія застосовується до кожного конкретного арбітражного рішення крізь призму його сумісності з публічним порядком. Таким чином, навіть арбітрабельні рішення можуть суперечити публічному порядку певної держави. Ці обидві підстави перевіряються на етапі судового контролю за арбітражними рішеннями та їх визнанням і виконанням на території України (навіть без звернення з відповідним клопотанням сторони, проти якої винесено арбітражне рішення). Отже, як із практичної точки зору, так і з теоретичної, немає підстав ототожнювати вказані категорії.

Законодавство України йде способом позитивного визнання арбітрабельності спорів, тобто будь-який спір вважається арбітрабельним, якщо інше не встановлено законодавством. Згідно з ч. 6 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України угода сторін про передачу спору на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу) допускається. До міжнародного комерційного арбітражу за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що відповідає вимогам, визначеним законодавством України про міжнародний комерційний арбітраж, крім випадків, визначених законом. До третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, який виникає з цивільних чи господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом [14].

Варто звернути увагу, що питання арбітрабельності та неарбітрабельності спорів урегульовано у Господарському процесуальному кодексі України [14]. Визначення неарбітрабельних спорів здійснюється шляхом виключення із питань арбітрабельності підвідомчих господарським судам спорів.

Хотіли б звернути увагу, що питання визнання і виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу, як і визнання недійсним такого рішення, врегульовується у Цивільному процесуальному кодексі України [15]. Міжнародний комерційний арбітраж призначається для розгляду саме комерційних спорів, тобто спорів не суто між суб'єктами господарювання, котрі врегульовані Господарським процесуальним кодексом України. Виходить, що визначення арбітрабельності міститься в Господарському процесуальному кодексі України, проте всі процедури, пов'язані з визнанням та наданням дозволу на виконання чи оскарження арбітражного рішення, врегульовані Цивільним процесуальним кодексом України (що включає процес визначення того, чи спір є арбітрабельним). Таке розпорознення правового регулювання щодо визнання арбітражного врегулювання спору виглядає необгрунтовано з точки зору законодавчої техніки.

На нашу думку, більш обгрунтовано було б урегулювати питання неарбітрабельності певних категорій спорів у Цивільному процесуальному кодексі України або у відповідному спеціальному Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

У 2017 році в межах проведення реформи процесуального законодавства змінився підхід до арбітрабельності тих чи інших спорів шляхом зарахування до арбітрабельних тих спорів, які раніше були неарбітрабельними (в міру законодавства чи ustalеної судової практики щодо застосування категорії «публічний порядок»). Крім цього, окремі аспекти спорів, які за загальними правилами визнані неарбітрабельними, були уналежені до категорії арбітрабельних.

Ст. 22 у взаємозв'язку зі ст. 20 Господарського процесуального кодексу України встановлює такі категорії спорів, які вважаються неарбітрабельними:

- спори про визнання недійсними актів, спори про державну реєстрацію або облік прав на нерухоме майно, прав інтелектуальної власності, прав на фінансові інструменти, а також спори, що виникають під час укладання, зміни, розірвання та виконання договорів про публічні закупівлі;

- спори щодо приватизації майна, крім спорів про приватизацію державного житлового фонду;

- спори, що виникають із корпоративних відносин, зокрема спорів між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), зокрема учасником, який вибув, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи;

- спори, що виникають із відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захистом від недобросовісної конкуренції, зокрема у спорах, пов'язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України, а також справ за заявами органів Антимонопольного комітету України з питань, уналежених законом до їх компетенції, крім спорів, які належать до юрисдикції Вищого суду з питань інтелектуальної власності;

- справи про банкрутство та справи у спорах із майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, зокрема справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником; стягнення заробітної плати; поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника;

- справи за заявами про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження у справі про банкрутство;

- спори щодо оскарження актів (рішень) суб'єктів господарювання та їх органів, посадових та службових осіб у сфері організації та здійснення господарської діяльності;

- спори про оскарження рішень третейських судів та про видання наказу на примусове виконання рішень третейських судів, утворених відповідно до Закону України «Про третейські суди», якщо такі рішення ухвалені у спорах, зазначених у цій статті;

- спори між юридичною особою та її посадовою особою (посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи, за позовом власника (учасника, акціонера) такої юридичної особи, поданим у її інтересах;

- вимоги щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, визнання недійсними актів, що порушують права на майно (майнові права);

- спори щодо реєстрації прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують або на підставі яких виникають такі права, які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси;

- спори про визнання торговельної марки добре відомою;

- спори, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, щодо: неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці; оскарження рішень Антимонопольного комітету України з визначених цим пунктом питань [14].

При цьому ч. 2 ст. 22 Господарського процесуального кодексу України містить такий виняток щодо арбітрабельності окремих аспектів об'єкта спору, який за загальним правилом визнається неарбітрабельним. Так, цивільно-правові аспекти таких категорій справ можуть бути передані на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу:

- справи у спорах, що виникають під час укладання, зміни, розірвання та виконання договорів про публічні закупівлі;

- справи у спорах щодо приватизації майна, крім спорів про приватизацію державного житлового фонду;

- справи у спорах, що виникають із відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захис-

том від недобросовісної конкуренції, зокрема у спорах, пов'язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України, а також справи за заявами органів Антимонопольного комітету України з питань, віднесених законом до їх компетенції, крім спорів, які зараховані до юрисдикції Вищого суду з питань інтелектуальної власності;

- справи у спорах, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, щодо: неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці; оскарження рішень Антимонопольного комітету України із визначених цим пунктом питань [14].

Варто звернути увагу, що категорія «цивільно-правовий аспект» у контексті визначення арбітрабельності не є визначеною нормативно. Наразі відсутня істотна кількість спорів щодо арбітрабельності тих чи інших категорій справ, щоб ця категорія була виведена на підставі судової практики щодо справ, пов'язаних із визнанням та виконанням рішень міжнародного комерційного арбітражу чи їх оспоренням. Також не повністю встановлено теоретичні розробки цієї категорії.

Ми вважаємо, що цивільно-правовий аспект необхідно розуміти як такий аспект об'єкта спору, який безпосередньо впливає з положень цивільного права та диспозитивного методу правового регулювання, в основі якого лежить рівність суб'єктів цивільних відносин, їх фактична можливість установлювати положення договору або ж погоджуватися з положеннями договору на власний розсуд, а також існування у правовідносинах приватно-правового інтересу. Отож, коли сторона вступає у договір як рівний учасник цивільних правовідносин, навіть якщо з іншої сторони суб'єктом відносин є держава в особі вповноваженого органу, такі відносини можуть передаватися на вирішення до арбітражного суду.

Яскравим прикладом розмежування цивільно-правового аспекту можуть бути договори про державні закупівлі. Так, процедура державних закупівель регулюється імперативними нормами, тому оскарження цієї процедури не може бути предметом арбітражного розгляду, оскільки таке оскарження може бути здійснено лише в порядку, передбаченому імперативними нормами публічного права. Коли ж уже визначений переможець закупівель, то укладення, зміна та виконання договору здійснюється переможцем закупівлі та державним органом як сторін цивільно-правових відносин та може бути передана на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, окрім випадків, обмежених публічно-правовим регулюванням. Так, наприклад, зміна положень договору, якщо тільки можливість такої зміни та підстави для цього не були передбачені тендерною документацією, обмежується імперативним правовим регулюванням, тому в цій частині компетенція арбітражу може бути обмеженою.

Ураховуючи наведене, можна визначити такий приблизний (однак невичерпний) перелік спорів, цивільно-правових справ, які можуть бути предметом арбітражного розгляду:

- справи у спорах, що виникають під час укладання, зміни, розірвання та виконання договорів про публічні закупівлі, стягнення неустойки чи відшкодування збитків, завданих у результаті невиконання договорів;

- спори, що виникають під час реалізації програм приватизації майна, програм державно-приватного партнерства, відшкодування збитків та стягнення неустойки, зобов'язання вчинити ті чи інші дії, передбачені договором;

- справи у спорах, що виникають із відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, недобросовісної конкуренції, якщо такі відносини виникли на підставі договору між приватними суб'єктами господарювання (справи про порушення умов договору щодо дотримання правил конкуренції), що виникає з договірних

відносин неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці.

Висновки. Таким чином, якщо проаналізувати встановлені обмеження та винятки, можна зробити чіткий

висновок, що ключові обмеження в арбітрабельності пов'язані саме з публічно-правовою природою правового регулювання та імперативністю норм публічно-правового регулювання. Це підтверджує і той факт, що цивільно-правовий аспект окремих категорій неарбітрабельних спорів може бути визнаний арбітрабельним.

ЛІТЕРАТУРА

1. Винокурова Л.Ф. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан та перспективи розвитку правового регулювання в умовах реформування судової системи. Збірник доповідей і статей. *V Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І.Г. Побірченка 4 жовтня 2018 року. Нью-Йорська конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень: 60-річна історія успіху.* Київ. 2018. С. 137–153. URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/V-Mizhnarodni-arbitrazhni-chytannya-pam-yati-akademika-I.-G.-Pobirchenka.-Zbirnyk-dopovidej-i-statej.pdf> (дата звернення: 28.08.2021).
2. Сидоренко Д. Міжнародний арбітраж: новели та виклики. *Юридична газета.* 14.02.2018. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/events/mizhnarodniy-arbitrazh-noveli-ta-vikliki.html> (дата звернення: 15.09.2021).
3. Ключковський М. П'ять тенденцій в арбітражі. *Юридична газета.* 22.03.2018. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/pyat-tendenciy-v-arbitrazhi.html> (дата звернення: 14.09.2021).
4. Смірнов Г. Арбітрабельність корпоративних спорів: особливості правового регулювання в Україні та іноземних державах. *Підприємництво, господарство і право.* № 10/2018. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/10/16.pdf> (дата звернення: 04.09.2021).
5. Ємельянова І. Ефективний арбітраж – який він? *Ліга Закон* № 30. 2019. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA012993 (дата звернення: 15.09.2021).
6. «Арбітрабельність спорів: куди ми йдемо?» : Круглий стіл. ICAC. 05.04.2017. URL: <https://icac.org.ua/novyny-ta-publikatsiyi/novyny/kruglyj-stil-na-temu-arbitrabilnist-sporiv-kudy-my-jdemo/> (дата звернення: 12.09.2021).
7. Тетерук М.А. Визнання та виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів: новерли законодавства та судова практика. *Правова держава.* 32/2018. С. 183–190. DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2018.32.149586>.
8. Ткачук О. Про арбітражність проекту ЦПК України: взаємодія арбітражу з державними судами. *Судово-юридична газета.* 28.08.2017. URL: <https://sud.ua/uk/news/blog/107791-proarbitrazhnist-proektu-tspk-ukrayini-vzayemodiya-arbitrazhu-z-derzhavnimi-sudami> (дата звернення: 15.09.2021).
9. Mistelis L. Arbitrability – International and Comparative Perspectives *Arbitrability: International & Comparative Perspectives.* Ed. by L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis. Kluwer Law International. 2009. 375 p.
10. Воронов К.М. Принцип «компетенції-компетенції» в Міжнародному комерційному арбітражі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків. 2018. с. 207
11. Brekoulakis S. Law applicable to arbitrability: revisiting the revisited lex fori. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives.* Ed. by L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis. Kluwer Law International. 2009. 375 p.
12. Теплюк С.М. Застереження про публічний порядок як підстава для відмови у визнанні і виконанні іноземних арбітражних рішень : дис. ... канд. юрид. наук, спец. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2018, 206 с.
13. Youssef K. The Death of arbitrability. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives.* Ed. by L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis. Kluwer Law International. 2009. 375 p.
14. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 2017. № 48. ст.436 ст.492.
15. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 40–41, 42. ст.492.