

# МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖНИЙ СУД ПРИ ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВІЙ ПАЛАТІ УКРАЇН

Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (МКАС при ТПП України) є самостійною постійно діючою арбітражною установою (третейським судом). Він утворений 1992 р. та здійснює свою діяльність відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», Положення про МКАС, що є датком до зазначеного Закону, та Регламенту.

У Міжнародний комерційний арбітражний суд при ТПП України можуть за угодою сторін передаватися на вирішення:

- спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоче однієї зі сторін спору знаходиться за кордоном;
- спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, які створені на території України, між собою та спори між їх учасниками, а також їх спори з іншими суб'єктами праці України.

Професійне, неупереджене та оперативне вирішення спорів, низка ставки реєстраційного та арбітражного зборів, стабільно висока кількість розглянутих справ, сформована і зрозуміла практика, можливість прийняття рішень у всіх країнах — учасницях Нью-Йоркської конвенції 1980 р. про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень та зумовлюють незмінний інтерес до МКАС при ТПП України.

Прийти до МКАС при ТПП України як іноземні арбітражні суди, зокрема, велика географія учасників — більше 60 країн, і кількість розглянутих спорів на рік за останні 270 підтверджують провідну позицію свізерховий Суд України

А зовсім для включення в угоди):

«Усі спори, розбіжності або вимоги, що виникають з цього договору (угоди) або у зв'язку з ним, у тому числі ті, що стосуються його виконання, порушення, припинення або недійсності, підлягають вирішенню в Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України відповідно до його Регламенту».

код экземпляра

496134

ISSN 0132-1331

ВМІСТ

216

222

231

240

247

255

263

274

281

287

294

300

313

318

322

326

329

331

332

335

337

# ПРАВО ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ України

## Науково-практичне фахове видання

Засноване у 1922 році

Видається щомісячно

Відповідно до рішення

Президії Вищої атестаційної комісії України

(постанова від 10 лютого 2010 року № 1-05/1)

журнал «Право України» внесено до переліку

фахових видань у галузі юридичних наук

Науково-практичного фахового видання

заснованої в 1922 році

## ПРАВОВИЙ СТАТУС АРБІТРА МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ



**В. КОМАРОВ**  
кандидат юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
проректор з навчально-методичної роботи,  
завідувач кафедри цивільного процесу  
(Національний університет  
«Юридична академія України  
імені Ярослава Мудрого»),  
заслужений юрист України

**М**іжнародний комерційний арбітраж – недержавний суд, заснований сторонами, які вирішують спір, джерелом правозастосовної діяльності якого є утода сторін, що виключає юрисдикцію державного суду з розгляду конкретної справи в межах, передбачених арбітражною угодою.

Уніфіковані нормативні акти про арбітраж і національні законодавства передбачають різні аспекти правового статусу арбітrów. І насамперед йдеться про природу правового статусу арбітра.

Існує кілька теорій статусу арбітrów міжнародного комерційного арбітражу. Так, відповідно до теорії делегації, для того, щоб урегулювати спір між сторонами, арбітр повинен мати делеговані повноваження, надані державою, щоб проводити арбітраж. Арбітражне рішення, винесене арбітром, який відчуває недолік цих повноважень, буде і може бути оскаржене. Прихильники цієї теорії відхиляють твердження, що влада арбітра виникає з арбітражної угоди сторін, і вважа-

ють, що повноваження арбітра делегуються від держави за допомогою національного закону, в якому знаходиться розгляд справи, щоб дозволити приватним особам вирішити спори, коли сторони на це згодні. Вони вважають, що арбітри – це особи, котрим за законом надано право виконувати функцію, яка по суті є пріоритетом держави\*. До того ж вони керуються тим, що арбітраж є винятком, наданим державою у сфері правосуддя, яка є його монополією в межах державної юрисдикції\*\*. На підставі спеціального статусу, наданого державами, арбітри розглядаються нібито як судді державних судів. Тільки різниця між ними полягає в тому, що суддя отримує свій статус і повноваження безпосередньо від держави, тоді як арбітр отримує також повноваження від держави, проте номінується стороною (сторонами)\*\*\*. Дотримуючись цих аргументів, виходить так, що арбітр подібний до судді, виконує функцію судді у врегулюванні спору між сторонами.

Видається, що навряд чи є підстави вважати, що арбітри діють як державні судді. Досить зазначити, що суддя, на відміну від арбітrów МКАС, здійснює правосуддя. Його процесуальна діяльність підпорядкована передбачений процесуальним законодавством процесуальній формі, що має конструктивне значення. Наприклад, ст. 1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» вказує, що судову владу реалізовують професійні судді та у визначених законом випадках народні засідателі та присяжні шляхом здійснення правосуддя в межах відповідних судових процедур.

Поряд із теорією делегації, іншою крайньою точкою зору щодо статусу арбітrów є думка, відповідно до якої арбітри розглядають як мандатарія сторін [1]. На нашу думку, незважаючи на те, що арбітраж заснований на арбітражній угоді й втілює, так більші, договірну правозастосовну владу, арбітри не можуть бути мандатарями сторін, оскільки вони не є суб'єктами арбітражної угоди і не перебувають із сторонами в договірних відносинах, на підставі яких вони брали б на себе обов'язки з розгляду відповідних спорів. В арбітражній угоді арбітри не повинні бути зазначені, і, як свідчить досвід міжнародної уніфікації арбітражу, ефективність арбітражу підвищувалася саме за рахунок введення механізмів, що забезпечують формування арбітражу навіть у тих випадках, коли одна зі сторін ухиляється від цього.

На нашу думку, враховуючи викладене, можна констатувати, що арбітри наділені відповідним статусом, що дає змогу виконувати функції щодо вирішення спорів. При цьому, незважаючи на договірні підстави арбітражу, вони незалежні від сторін при розгляді справ і не є їх представниками.

Повноваження арбітrów можуть припинятися, якщо сторони домовилися про припинення мандату, що в сукупності й свідчить про своєрідність їх правового статусу [2].

А. Городиський висловив співзвучну точку зору. Він зазначає, що арбітр, з одного боку, – особа, наділена владними повноваженнями, а з другого – особа, обрана (призначена) стороною (або сторонами), тобто особа, яка надає певні послуги сторонам. Це особливо наочно проявляється, коли сторони домовилися про те, що спір, який виник чи може виникнути між ними, розглянатиметься складом арбітrów. У цьому випадку, як правило, кожна сторона призначає «свого» арбітра, й обрані таким чином два арбітри призначають третього – голову арбітражного складу. Оскільки арбітр фактично виконує суддівські функції, він, як і суддя, повинен залишатися нейтральним і не підпадати під вплив сторони, яка його призначила. Як і суддя, він загалом повинен підкорятися лише закону. Будь-яка залежність арбітра від арбітражної установи, яка його призначила, що впливає на винесення рішення, також є неприпустимою. Так само арбітр не повинен вважати себе зобов'язаним стороні, яка його призначила [3, 3]. Неприпустимим є в арбітра пристрастне ставлення або упередження як до сторони, яка його призначила, так і до протилежної сторони, а також будь-якої зацікавленості в результаті справи.

Вимоги до арбітrów визначаються угодою між сторонами, національним законодавством, а також відповідним арбітражним регламентом.

Як правило, до таких вимог належать:

- 1) згода особи виконувати функції арбітра;
- 2) кваліфікація арбітrów;

\* Moutulsky, *ecrits* 14 (1974); see SAMUEL, *supra* note 10, at 55.

\*\* Adam Samuel, *jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of belgian, dutch, english, french, swedish, swiss, us and west german law* 63 (1989).

\*\*\* J. P. Niboyet, *traite de droit international prive français* 137 (1950); julian d. m. lew, *applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards* 53 (1978).

3) національність і громадянство арбітrów;

4) незалежність і неупередженість арбітrów.

Арбітром може бути фізична особа, яка володіє повною діездатністю. Наприклад, відповідно до ст. 1451 ЦПК Франції [4] місія арбітра може бути покладена тільки на фізичну особу; остання повинна володіти повною діездатністю. Якщо в арбітражній угоді призначено юридичну особу, остання є правомочною лише організовувати арбітраж.

У новітньому законодавстві про арбітраж у низці країн передбачена можливість бути арбітрами іноземцям. Відповідно до п. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» жодна особа не може бути позбавлена права виступати арбітром через її громадянство, якщо сторони не домовилися про інше. Це положення Закону відповідає Типовому закону ЮНСІТРАЛ (ст. 11).

Набуття правосуб'єктності арбітром визначається процедурою формування складу міжнародного комерційного арбітражу. Особливість її полягає в тому, що ця процедура важлива для всіх подальших процедур третейського розгляду. Не випадково Є. Васильєв зазначає, що формування складу арбітражу є однією з найважливіших процесуальних проблем не тільки на початку провадження у справі, а й залишається актуальною аж до його завершення. Ця проблема, за його твердженням, містить три питання: 1) якою є процедура призначення арбітра; 2) хто може бути призначений як арбітр, тобто яким вимогам має відповісти призначувана особа; 3) які можуть бути підстави для відводу арбітrów та інших змін у складі арбітражу та які юридичні наслідки змін у складі арбітражу [5].

Не менш важливе значення має й інший аспект проблеми, на який звернув увагу Є. Новиков. Він зазначив, що під формуванням міжнародного комерційного арбітражу слід розуміти не просто процедуру обрання (призначення) арбітра або арбітrów, які розглядатимуть конкретний спір, а виникнення правового відношення між учасниками процесу і міжнародного комерційного арбітражу. У цьому сенсі формування складу міжнародного комерційного арбітражу містить і надання такими особами згоди на виконання функцій третейського судді [6].

Кількість арбітrów визначається угодою сторін, яка може бути зазначена як у самій арбітражній угоді, так і досягнута сторонами під час арбітражного розгляду, тобто це може бути як одноособовий арбітр, так і колегіальний склад із трьох арбітrów.

Незалежно від певних відмінностей в арбітражному національному законодавстві, в регламентах постійно діючих арбітражів це положення відображає загальний принцип формування складу арбітражу і відповідає його договірній природі.

Перевагою колегіального складу арбітrów є наявність можливості у кожній зі сторін права обрати одного з арбітrów на свій розсуд без урахування думки другої сторони. Перевагою одноособового розгляду спору є менший розмір арбітражних витрат, які зазвичай несуть сторони.

Стаття 5 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ передбачає, якщо сторони раніше не узгодили кількість арбітrów (тобто один чи троє) і якщо протягом 15 днів після отримання відповідлем повідомлення про арбітраж сторони не домовилися про те, що буде лише один арбітр, то призначаються три арбітри. Відповідно до ст. 10 Типового закону ЮНСІТРАЛ про

міжнародний комерційний арбітраж сторони можуть на власний розсуд визначити кількість арбітrów. Якщо сторони не визначають цього числа, то призначаються три арбітри. Аналогічні положення містяться у низці законодавств держав про міжнародний комерційний арбітраж.

Незважаючи на деякі особливості міжнародних регламентів, регламентів окремих арбітражів і національних законодавств, існує загалом однотипна процедура призначення арбітrów. Як правило, процедура призначення арбітrów сторонами узгоджується на їх розсуд. У разі відсутності такої угоди при арбітражі з трьома арбітрами кожна сторона призначає одного арбітра, а двоє призначених таким чином арбітrów призначають третього. Якщо сторона не призначить арбітра протягом передбаченого терміну після отримання прохання про це від другої сторони або якщо два арбітри протягом передбаченого терміну з моменту їх призначення не домовляться про вибір третього арбітра, на прохання будь-якої сторони арбітр призначається судом чи іншим компетентним органом відповідно до законодавства тієї чи іншої країни. Такий механізм формування складу арбітражу ґрунтуються на Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж та національному законодавству країн, де прийняті спеціальні закони, а також на Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ.

Особливість формування складу арбітражу на підставі Типового закону полягає в тому, що в якості компетентного органу в ньому зазначені суд або, коли це зазначено в тексті закону відповідної країни, інші органи, уповноважені виконувати ці функції. Відповідно ж до Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ компетентний

орган погоджується сторонами (ним може бути установа або фізична особа). Якщо компетентний орган не погоджений сторонами або якщо погоджений ними орган відмовляється діяти чи не призначає арбітра протягом певного терміну після отримання клопотання однієї зі сторін, будь-яка сторона може просити Генерального секретаря Постійного третейського суду в Гаазі призначити компетентний орган (ст. 6). Як правило, компетентний орган, здійснюючи призначення, використовує процедуру-спісок або керується власним розсудом.

Механізм формування складу арбітражу передбачений і в Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж. Відповідно до ст. IV Конвенції сторони арбітражної угоди мають право на свій розсуд призначити арбітrów або встановити порядок, відповідно до якого вони повинні бути призначенні. Якщо сторони не домовилися про призначення одноособового арбітра або якщо призначенні арбітри не могли досягти домовленості про заходи, які повинні бути вжиті, позивач має звернутися з проханням про вжиття цих заходів (у тому випадку, якщо сторони домовилися про місце арбітражу за своїм вибором) або до голови компетентної торгової палати місця арбітражу, узгодженого сторонами, або до голови компетентної торгової палати того місця — країни відповідача, в якому на момент подання прохання про передання справи до арбітражу він проживає або має своє місцезнаходження,

або до Спеціального комітету, склад і характер діяльності якого визначено в додатку до Конвенції. Якщо позивач не скористався зазначеними правами, ними можуть скористатися відповідач або арбітри\*.

Як зазначалося, регламенти окремих постійно діючих арбітражів можуть містити специфічні правила формування арбітражу. Наприклад, відповідно до ст. 4 Регламенту Арбітражного суду Торгово-промислової палати Естонії Арбітражний суд утворюється кількома способами. Сторони можуть обрати одного або кількох (непарне число) арбітрів, у тому числі голову. Кожна зі сторін обирає одного арбітра і робить йому пропозицію обрати разом з обраним другою стороною арбітром третього арбітра, який є при вирішенні спору головою арбітражного суду. Сторони можуть уповноважити Раду Арбітражного суду створити арбітражний суд. Регламентом передбачено й інші способи створення арбітражного суду.

Враховуючи ключове значення процедури формування складу арбітражу, слід звернути увагу і на легітимізуюче значення статусу арбітра у всьому комплексі процедур арбітражного розгляду і в тому числі для винесення рішення у справі.

У цьому аспекті представляє винятковий інтерес постанова Президії Вищого арбітражного суду РФ від 20 липня 2010 р. № 4325/10, яка розглянула заяву компанії *OPEN SOCIETY INSTITUTE MANAGEMENT SERVICES LTD* про перегляд у порядку нагляду постанови Федерального арбітражного суду Московського округу від 8 грудня 2009 р. у справі

\* Спеціальний комітет складається з двох постійних членів і голови. Один із постійних членів обирається торговими палатами або іншими органами відповідної країни, голови яких виконують функції, передбачені ст. IV Конвенції. Другий член обирається торговими палатами або іншими органами, призначеними відповідно до п. 6 ст. X Конвенції. Голова Спеціального комітету обирається торговими палатами або іншими органами відповідних держав (див. пункти 1, 2, 7 Додатка до Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж).

№ A40-96594/09-68-760 та Арбітражного суду м. Москви у зв'язку з оскарженням рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду (МКАС) при ТПП РФ, яке заслуговує докладного викладу [7].

Суть проблеми полягала в тому, що при розгляді справи МКАС один із арбітрів помер і виникла проблема – чи законним є рішення? Що стосується позиції МКАС, то він двічі відмовив одній із сторін спору в задоволенні клопотання про заміну померлого арбітра запасним. При цьому померлий арбітр встиг взяти участь лише у першому слуханні. Решта слухань відбувалися без нього, за участю двох арбітрів замість необхідних трьох.

Перевіривши обґрунтованість доводів заявитика, Президія вважала, що заява підлягає задоволенню на таких підставах.

З матеріалів справи вбачається, що для розгляду справи у МКАС при ТПП РФ товариство ЗАТ «Сектор-1» обрало в якості основного арбітра Л. Лехтінен, компанія *OPEN SOCIETY INSTITUTE MANAGEMENT SERVICES LTD* обрала арбітром А. Бикова, головою був призначений Є. Ізюмов. Судовий розгляд відбувся 1 грудня 2008 р. за участю трьох арбітрів, при цьому їх рішення оголошено не було.

Обраний компанією арбітр А. Биков помер 20 січня 2009 р., у зв'язку з чим компанія двічі (29 січня 2009 р. та 27 березня 2009 р.) зверталася до МКАС при ТПП РФ із клопотаннями про проведення повторного усного слухання у справі за участю запасного арбітра компанії Н. Добрянської.

Президія МКАС при ТПП РФ 30 березня 2009 р. розглянула клопотання компанії від 27 березня 2009 р. і не знайшла підстав для його задоволення. Рішення МКАС при ТПП РФ від 6 квітня 2009 р. винесено за підписанням двох арбітрів із посвідченням головою МКАС при ТПП РФ О. Комаровим відсутності підпису арбітра А. Бикова через його смерть.

Президія ВАС РФ при цьому констатувала, що, ґрунтуючись на природі інституту міжнародного комерційного арбітражу і змісті ст. 18 Закону РФ про арбітраж, сторонам повинно бути забезпечено рівне ставлення. Цей принцип означає, що під час вирішення справи в міжнародному комерційному арбітражі сторонам необхідно надати можливість рівного представництва у складі арбітражу, яка полягає в реалізації права кожної зі сторін обрати арбітра, а також у тому, що кожному з арбітрів повинно бути надано рівну можливість взяти участь в обговоренні рішення і розробці проекту рішення.

На реалізацію цього принципу спрямована і ст. 15 Закону, згідно з якою якщо мандат арбітра припиняється з будь-яких підстав, інший арбітр призначається відповідно до правил, які були застосовані до призначення арбітра, якого замінюють.

Зі змісту ст. 15 випливає, що законодавець керується необхідністю заміни арбітра в разі його вибуття з певних причин, а не з можливості продовження арбітражного розгляду без участі вибулого арбітра. Крім того, цією статтею встановлюється порядок заміни арбітра, тотожний тому, за яким замінюваній арбітр був призначений.

Керуючись змістом наведених статей Закону про арбітраж, а також змістом ст. 29 Закону рішення міжна-

родного комерційного арбітражу, прийняті колегію арбітрів, повинно бути винесено більшістю арбітрів, але при цьому повним їхнім складом. Виняток можуть становити ситуації, в яких рішення може бути винесено неповним складом арбітрів. При цьому зі змісту зазначених статей, а також зі змісту принципу рівного ставлення до сторін випливає, що така ситуація припустима, тільки якщо всі стадії винесення рішення пройдені й вибулій із розгляду справи арбітр зміг донести свою позицію у справі до решти арбітрів.

Обставини ж справи свідчать про зворотне. Рішення МКАС при ТПП РФ було винесено більш ніж через два місяці після смерті арбітра. Доказів, які свідчать про те, що до своєї смерті арбітр брав участь у здійсненні рішення третьєського суду, наприклад, у вигляді направлення у МКАС при ТПП РФ свого проекту рішення або окремої думки, арбітражному суду надано не було.

Таким чином, при неможливості участі арбітра під час арбітражного розгляду після закінчення слухань у справі (у цьому випадку – у зв'язку зі смертю) рішення може бути винесено неповним складом арбітрів тільки у виняткових випадках, коли з усією очевидністю випливає, що відсутній арбітр брав участь у процесі винесення рішення у справі, висловив думку і зміг донести свою позицію до інших арбітрів. За цих умов дотримуються принципів рівного представництва сторін у складі арбітражу, а значить, справедливості судового розгляду і рівності сторін.

Винесення рішення МКАС при ТПП РФ від 6 квітня 2009 р. у справі № 34/2008 без участі арбітра, призначеної компанією, означає повну втрату ним можливості впливати на про-

цес ухвалення рішення арбітражу, що є порушенням принципу рівності сторін при вирішенні спору, а отже, основоположних принципів російського права (публічного порядку). Цей факт відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 233 Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації є підставою для скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу. З огляду на викладене Президією Вищого арбітражного суду Російської Федерації постанову Федерального арбітражного суду Московського округу від 8 грудня 2009 р. у справі № А40-96594/09-68-760 Арбітражного суду м. Москви скасувала [7].

Найбільш суттєвими вимогами, які пред'являють до арбітрів, є неупередженість і незалежність. Можна сказати більше – неупередженість і незалежність арбітрів є універсальним принципом міжнародного комерційного арбітражу. Цей принцип є фундаментальним і стосується всіх судових розглядів, незважаючи на те, що арбітрів можуть призначати сторони, а у певних видах спеціалізованих внутрішніх арбітражів деяких країн склад арбітражу більшою мірою формується шляхом адміністрування [8, 256].

Неупередженість і незалежність арбітрів так чи інакше закріплені в регламентах практично усіх міжнародних комерційних арбітражів. Так, відповідно до Регламенту Арбітражного суду при Торговій палаті Стокгольма арбітр повинен бути неупередженим і незалежним. Особа, якій запропоновано приняти призначення в якості арбітра, зобов'язана до призначення заявити про будь-які обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви щодо його неупередженості та незалежності (ст. 14) [9]. Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промис-

ловій палаті Російської Федерації та кож передбачає, що при виконанні своїх функцій арбітри неупереджені та незалежні. Вони не є представниками сторін, що беруть участь у справі (п. 1 § 2) [10]. Більш детальна норма міститься в Регламенті Лондонського міжнародного третейського суду. Відповідно до цього Регламенту всі арбітри (незалежно від того, висунуті вони сторонами чи ні), які проводять арбітражний розгляд, повинні бути залишатися повністю незалежними і неупередженими і не повинні виступати в ролі захисників для жодної з сторін. До призначення Третейським судом у разі, якщо про це просить секретар суду, будь-який арбітр надає короткий опис своїх попередніх і нинішніх професійних посад (про що повідомляється сторонам). У будь-якому випадку кожен арбітр підписує декларацію про те, що відсутні такі обставини, які можуть викликати вправдані сумніви щодо його неупередженості або незалежності, і що він негайно повідомить про будь-які такі обставини Третейському суду та всім сторонам у випадку, якщо б вони виникли після підписання декларації й до завершення арбітражного розгляду (п. 3 ст. 5) [11].

У Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» немає прямої вказівки на те, що арбітр повинен бути неупередженим і незалежним. Висновок про неупередженість арбітрів робиться зі ст. 12 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», де йдеться, крім іншого, про те, що якщо існують обґрунтовані сумніви в неупередженості арбітра, то це є підставою для його відводу. Разом із тим Регламент міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України декларує, що арбітри незалежні та неупереджені при вирі-

шенні спору. Вони не є представниками сторін. Особа, якій запропоновано приняти призначення в якості арбітра, зобов'язана повідомити МКАС про будь-які обставини, які можуть викликати обґрунтовані сумніви в його неупередженості та незалежності при розгляді конкретного спору. Арбітр повинен негайно довести до відома МКАС і сторони про будь-яку таку обставину, якщо вона стає йому відомою згодом протягом арбітражного розгляду. Особа, яка бере на себе функції арбітра, заповнює і підписує заяву, форма якої затверджується Президією МКАС, із висловленням згоди прияти і виконувати функції арбітра відповідно до Регламенту МКАС (ст. 28).

У теорії цивільного процесуально-го права неупередженість суду інтерпретується як відсутність упередженості арбітра на основі оцінки поведінки судді при веденні процесу з урахуванням конкретних обставин, фактів такої поведінки (суб'єктивна неупередженість), а також як відсутність враження упередженості, нейтралітету (об'єктивна неупередженість). Так, серйозні сумніви щодо неупередженості арбітра можуть виникнути в тому випадку, якщо він на момент виконання обов'язків перебуває або раніше перебував у договірних відносинах із однією зі сторін як кредитор або боржник у зобов'язанні, бере участь в управлінні або володіє акціями (частками) компанії – сторони процесу, а також якщо арбітр пов'язаний із компанією, яка є прямим конкурентом на ринку однієї зі сторін, перебуває або раніше перебував у правовідносинах з нею. Неупереджене ставлення до сторін може бути спотворено в результаті позапроцесуального контакту арбітра зі сторонами з приводу справи, що розглядається, який

може виявлятися в наданні документів і доказів, вивчені й огляду предметів на місці без відома другої сторони, обговоренні справи за межами процесу. Абсолютно неприпустимим є висловлення арбітром своєї позиції по суті спору до винесення рішення. Таким же чином можна кваліфікувати наполегливість арбітрів в обговоренні тих чи інших питань арбітражної справи і відхід від арбітування.

Демонстрації арбітрами відсутності фактичного нейтралітету надзвичайно рідкісні. Разом із тим відомі хрестоматійні випадки, які за певних умов можуть свідчити про відсутність неупередженості арбітра. Так, йдеться про ситуації, коли адвокат призначений арбітром, а інтереси сторони представляє адвокат тієї ж палати. Виникають також питання неупередженості в тих випадках, коли однією із сторін у справі є держава чи державна юридична особа, а арбітром виступає особа, яка так чи інакше працює на уряд чи є колишнім службовцем або консультантом уряду. Досить часто виникають дискусії з приводу повторного або неподоразового призначення арбітра від тієї ж самої сторони з різних справ [13].

Так, Верховний суд Швеції розглянув питання про відвід арбітра з підставою його неодноразових призначень однією зі сторін арбітражного процесу. У рішенні від 9 червня 2010 р. у справі № T 156-09 за позовом компанії *Korsnäs Aktiebolag* проти *AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad* Верховний суд Швеції відмовив позивачу у скасуванні арбітражного рішення на підставі упередженості арбітра і підтверджив рішення апеляційного суду округу Свеа від 12 грудня 2008 р. у цій справі.

Як підставу для скасування арбітражного рішення позивач називав той

факт, що арбітр, призначений відповідачем (пан Нільссон), не розкрив інформацію про багаторазові його призначення в якості арбітра за попередні кілька років юридичною фірмою *Mannheimer Swartling*, яка представляла інтереси відповідача у цій справі. Зокрема, за останні три роки Нільссон двічі призначався цією юридичною фірмою як арбітр, а ще двічі виступав як голова складу арбітражу в розглядах з її участю. Усього ж за останні 10 років Нільссон 12 разів призначався фірмою *Mannheimer Swartling* як арбітр.

Верховний суд Швеції зазначив, що кількість попередніх призначень є важливим, але не єдиним фактором для оцінки неупередженості арбітра. У цьому випадку суд встановив, що призначення фірмою *Mannheimer Swartling* становили лише близько 10 % з усіх призначень пана Нільссона як арбітра за останні 10 років. З огляду на це суд визнав твердження про упередженість арбітра необґрунтованими і в скасуванні арбітражного рішення відмовив [14].

Суттєвою ознакою незалежності арбітрів є те, що арбітри мають бути незалежними від сторін розгляду, а також один від одного. О. Скворцов зазначає, що під незалежністю арбітрів слід розуміти вирішення ними конкретних спорів, переданих на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, на підставі чинного законодавства і відповідно до своїх внутрішніх переконань, в умовах, коли будь-який сторонній вплив і вплив на третейських суддів виключений [15]. Незалежність розуміється і як відсутність грошових та інших зв'язків між ним і однією зі сторін [16].

Найбільш детально питання про незалежність арбітрів урегульовано Регламентом Арбітражного інституту

Нідерландів, який, як і інші регламенти, вимагає від арбітрів їх незалежності та у п. 1 ст. 10 Регламенту встановлює низку вимог, які дають змогу більш точно встановити критерії, якими слід керуватися при вирішенні питання про незалежність арбітра. Так згідно з Регламентом арбітр не повинен мати тісних чи близьких особистих або професійних відносин з іншими арбітрами або з будь-якою зі сторін. Тобто у ньому закріплюється більш широке поле взаємозалежних відносин, які дозволяють критеріально визначити наявність передумов, що впливають на незалежність арбітра.

Арбітр, який прийняв мандат, не повинен доводити свою незалежність, він має повідомити про обставини і факти, які, на його думку, так чи інакше ставлять його в залежність від інших арбітрів або від сторін, що беруть участь у справі, тобто об'єктивно обмежують або потенційно можуть обмежити його свободу у прийнятті рішення.

Стан незалежності арбітра презумується. Тому сторона повинна спростувати цю презумпцію, надавши переважливі докази, що арбітр залежний від іншого арбітра або сторони у справі, тобто він не може абсолютно самостійно приймати рішення, не побоюючись навіть можливого настання несприятливих наслідків.

Несприятливі наслідки можуть стосуватися особистого, службового і матеріального стану арбітра і не мати фатального характеру, але, тим не менш, об'єктивно зв'язувати арбітра при прийнятті рішення. Наприклад, зміна сформованих особистих взаємин, службові взаємини влади і підпорядкування (між співробітником певного структурного підрозділу і його керівником, обраними сторонами для участі в якості арбітрів в одній і тій самій справі).

Як зазначає Е. Виноградова, між незалежністю і неупередженістю існує функціональний взаємозв'язок. Арбітри неупереджені, поки не доведено протилежне. Неупередженість є умовою незалежності, проте незалежність арбітра на практиці не завжди тотожна його неупередженості. Неупередженість арбітра пов'язана також із відсутністю у нього схильності щодо певної сторони або суті спору. Схильність як суб'єктивне ставлення до сторони чи справи в цілому може бути наслідком низки обставин, за наявності яких зацікавлена сторона може порушити питання про відвід арбітра [17].

А. Городиський також зазначає, що неупередженість і незалежність не рівнозначні й не взаємозамінні. При цьому автор наголошує, що цілком можливо, що в арбітра не буде жодних взаємовідносин з однією зі сторін, але водночас він не буде неупереджений (наприклад, у нього буде якесь особиста зацікавленість у певному результаті арбітражного розгляду спору). Теоретично можливо є і зворотна ситуація, коли будуть виявлені факти, що свідчать про існування певної залежності арбітра, але водночас арбітр не втратить здатності приймати неупереджене рішення по суті спору. У доктрині та практиці арбітражу при застосуванні та вивченні двох різних за своєю суттю понять багато авторів використовують одні й ті самі критерії. У цілому обидві вимоги є взаємопов'язаними і взаємодоповнюючими. Розгляд їх окремо може мати лише теоретичне значення, а з практичної точки зору ці поняття завжди повинні вивчатися нерозривно один від одного [3, 5–6]. Деякі автори зазначають, що концептуальна різниця між неупередженістю і незалежністю арбітра фактично стерта [13].

Такий підхід можна спостерігати і в арбітражній практиці. Верховний суд Польщі дійшов висновку, що порушення принципів незалежності та неупередженості арбітра суперечить публічному порядку і є підставою для скасування арбітражного рішення. Своїм рішенням від 9 вересня 2010 р. у справі № I CSK, 535/09 Верховний суд підтвердив постанову суду нижчої інстанції про скасування постанови АРБІТРАЖНОГО СУДУ ПРИ НАЦІОНАЛЬНІЙ ТОРГОВІЙ ПАЛАТІ на підставі її суперечності публічному порядку, оскільки арбітр, який розглядав справу, не був незалежним і неупередженим.

У судовому розгляді заявник вимагав скасування арбітражного рішення на тій підставі, що один з арбітрів був другом сторони, яка його призначила, раніше вів судові справи членів сім'ї цієї сторони, а також представляв інтереси компанії, очолюваної цією стороною. При цьому жодна із зазначених обставин не була розкрита другій стороні або арбітрам.

Верховний суд Польщі погодився з аргументами заявитика, підkreślівши важливість неухильного дотримання незалежності та неупередженості арбітрів, а також обов'язок арбітрів повідомляти про всі обставини, які можуть свідчити про конфлікт інтересів. Беручи це до уваги, суд також постановив, що арбітражне рішення, винесене з порушенням принципу незалежності та неупередженості, суперечить публічному порядку Польщі та підлягає скасуванню [18].

Іноді зміст принципу неупередженості та незалежності арбітрів трактується аналогічно змісту принципу неупередженості та незалежності суддів державних судів. Це аргументується бажанням зрівняти гарантії учасників спору на справедливий його розгляд як у системі державного пра-

восуддя, так і в третейському розгляді. На перший погляд такий підхід є очевидним і адекватним. Проте все ж варто говорити лише про певний формальний збіг змісту цього принципу в арбітражі та судах і змістовні відмінності. На відміну від суддів арбітри зазвичай займаються своїми професійними заняттями. Вони оплачуються сторонами арбітражного розгляду. Спеціальний досвід і репутація в певній галузі вирішення спорів є однією з головних причин їх призначення. Зокрема, сторони визначають можливість вільних відносин арбітра зі стороною призначення та її юристами. Часто юристи, які добре знають арбітрів з попереднього досвіду, рекомендують їх для призначення. Зазначені фактори слід мати на увазі, інтерпретуючи вимоги неупередженості та незалежності [8, 258].

Як бачимо, проблема неупередженості та незалежності арбітрів міжнародного комерційного арбітражу виявляється не такою простою. Разом із тим очевидно, що тонка грань відносної автономності цих вимог усе ж існує. Неупередженість як така є загальною умовою справедливого арбітражного розгляду, а незалежність арбітрів гарантує розгляд і вирішення справи по суті (тут діє загальновідоме положення — правосуддя повинно здійснитися). Більше того, неупередженість, на відміну від незалежності арбітра, має більш абстрактний характер і, можна сказати, тяжіє до номінації як суб'єктивного стандарту. По суті, так би мовити, про неупередженість можна говорити з точки зору «нестачі нейтралітету» арбітра по відношенню до сторін арбітражного розгляду. Що стосується незалежності арбітра, то, незважаючи на динамічну її інтерпретацію, вона лежить у площині конкретних обставин арбітражної справи.

У зв'язку з очевидною складністю тлумачення понять неупередженості та незалежності арбітрів слід звернути увагу на Керівництво Міжнародної асоціації юристів з питання конфлікту інтересів у міжнародному комерційному арбітражі, в якому конкретизовано цей найважливіший принцип арбітражу, а також міститься механізм визначення наявності в арбітрів конфлікту інтересів, які описані в конкретних правилах. Це Керівництво містить загальні стандарти неупередженості та незалежності (частина 1). Практичне застосування загальних стандартів (частина 2) містить червоний перелік стандартів, відмова від яких є неприпустимою, а також червоний перелік, відмова від якого є припустимою, помаранчевий і зелений переліки. На приклад, у документі кваліфікуються зв'язок арбітра зі сторонами, прямий або непрямий інтерес арбітра у спорі, зв'язок арбітра зі сторонами та їх представниками, зв'язок між арбітрами й іншими арбітрами або представниками, висловлені раніше думки з правових питань, контакти між арбітром і стороною тощо [19].

Гарантіями незалежності та неупередженості, крім презумпції незалежності та неупередженості, є інститут відводу арбітрів МКАС. Відповідно до ст. 30 Регламенту МКАС України кожна зі сторін має право заявити про відвід арбітра, якщо існують обставини, що викликають обґрунтовані сумніви щодо його незалежності та неупередженості, або якщо він не володіє кваліфікацією, обумовленою угодою сторін. Сторона може заявити відвід арбіту, якого вона призначила або у призначенні якого вона брала участь, лише з причин, які стали її відомі після його призначення.

Процедура відводу арбітрів може бути встановлена за домовленістю

сторін. У разі відсутності такої домовленості застосовується законодавство місця проведення арбітражу або міжнародний регламент чи регламент відповідного постійно діючого арбітражу. Для законодавства й арбітражних регламентів характерно те, що вони передбачають терміновість процесу відводу та дотримання інших формальностей. Так, згідно зі статтями 12, 13 Арбітражного Регламенту ЮНСІТРАЛ будь-якому арбітру може бути заявлено відвід, якщо є обставини, що викликають виправдані сумніви в його неупередженості або незалежності. Сторона може заявити відвід призначенному нею арбітру лише з підстав, які стали відомими її після такого призначення.

У разі бездіяльності арбітра або у випадку його юридичної чи фактичної нездатності виконувати свої функції щодо відводу арбітра застосовується процедура, передбачена у ст. 13 Регламенту. Стаття 13 передбачає, що сторона, яка має намір заявити відвід арбітру, повинна надіслати повідомлення про відвід протягом 15 днів після того, як її було повідомлено про його призначення, або протягом 15 днів після того, як обставини, згадані у статтях 11 і 12, стали її відомі. Повідомлення про відвід повідомляється всім іншим сторонам, арбітру, що відводиться, й іншим арбітрам. Таке повідомлення про відвід повинно містити підстави для відводу. Коли відвід арбіту був заявлений будь-якою стороною, всі сторони можуть погодитися на відвід арбіту. Так само арбітр, щодо якого заявлено відвід, може сам відмовитися від посади. Ні така згода, ні така відмова не припускає визнання дійсності підстав для відводу. Якщо протягом 15 днів з дати повідомлення про відвід не всі сторони погоджуються з відводом або якщо

арбітр, який відводиться, сам не відмовляється від посади, сторона, яка заявляє відвід, може продовжити процедуру відводу. У такому випадку вона протягом 30 днів із дати повідомлення про відвід звертається з проханням про внесення рішення про відвід до компетентного органу [20].

У Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не встановлено, в якій формі особа повинна заявити про наявність обставин, що є підставою для її відвіду від виконання обов'язків арбітра. Також у Законі не встановлено, в якій формі відбувається прийняття рішення про відвід арбітра. Видеться, що заява про відвід може бути зроблена зацікавленою особою як у письмовій, так і в усній формі. Що стосується процесуального акта, яким оформляється прийняття рішення про результат розгляду такої заяви, то таким актом, логічніше за все, має бути визначення про задоволення заяви про відвід або ухвала про відмову в задоволенні заяви про відвід.

Право заявити відвід обраному арбітру належить стороні тільки в тому випадку, якщо ті обставини, які належать нею як підстави для відводу, стали відомі цій стороні після призначення нею відведеного арбітра (ст. 12 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). Якщо такі обставини були відомі стороні до обрання відведеного арбітра, то сторона має право заявити відвід арбіту. У цій нормі закладена певна санкція, яка може відбутися, якщо особа, яка бере участь в арбітражному розгляді, недобросовісно поводить себе у процесі. Зумовлено це тим, що якщо сторона обирає арбітра, знаючи про наявність обставин, які це перешкоджають, то на такій стороні й лежить ризик відміни компетентним держав-

ним судом винесеного на її користь рішення з такої підстави, як незаконність складу арбітражу, який прийняв рішення у справі.

У доктрині та правозастосовній практиці тривалий час спостерігався неоднозначний підхід до вирішення питання про те, який орган повинен вирішувати питання про компетенцію арбітражного суду на розгляд справи у разі заяви арбітражу відводу щодо непідсудності, зокрема, чи вправі арбітражний суд сам вирішити питання про свою компетенцію чи ж це питання повинен вирішувати державний суд [21]. Відповідно до ст. 13 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» якщо арбітр, якому заявлено відвід, сам не відмовляється від посади або друга сторона не погоджується з відводом, питання про відвід вирішується третейським судом. Якщо ж заяви про відвід при застосуванні будь-якої процедури, узгодженої сторонами, або процедурі, передбаченої п. 2 цієї статті, не достатньо, сторона, яка заявляє відвід, може протягом 30 днів після отримання повідомлення про рішення про відхилення відводу просити орган, зазначений у п. 1 ст. 6, прийняти рішення про відвід.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России : проблемы, тенденции, перспективы. — М., 2009. — С. 123.
2. Комаров В. В. Международный коммерческий арбитраж. — Харьков, 1995. — С. 51.
3. Городисский А. А. Требования, предъявляемые к арбитрам в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. — 2008. — № 5.
4. [http://www.lexinter.net/ENGLISH/code\\_of\\_civil\\_procedure.htm](http://www.lexinter.net/ENGLISH/code_of_civil_procedure.htm)
5. Васильев Е. А. Формирование состава арбитража. Квалификация арбитров // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража : к 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / отв. ред. А. С. Комаров. — М., 2002. — С. 53.
6. Новиков Е. Ю. Правовая природа третейского разбирательства // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. — 2002–2003. — № 2. — СПб., 2004. — С. 317.
7. [http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow\\_DocumID\\_171588.html](http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_171588.html)
8. Lew J., Mistelis L., Kroll S. Comparative International Commercial Arbitration. — The Hague, London, New York, 2003.
9. <http://www.sccinstitute.com/uk/Rules>
10. <http://www.tpprf-mkac.ru/ru/lregl/reglrus>
11. <http://www.lcia-arbitration.com>

Наприклад, у деяких штатах США питання про компетенцію арбітражного суду, якому заявлено відвід, вирішує державний суд. Однак у міжнародних договорах, що регулюють відносини в галузі арбітражу, національних законах більшості держав, модельних правилах арбітражної процедури закріплено вироблене спочатку в арбітражній та судовій правозастосовній практиці держав континентальної системи права право арбітражного суду самостійно вирішити питання про свою компетенцію на розгляд спору.

Так, п. 1 ст. V Європейської конвенції встановлює, що відвід арбітражному суду з непідсудності повинен бути заявлений в арбітражному суді не пізніше подання відповідною стороною своєї позовної заяви або своїх заперечень по суті справи, якщо цей відвід ґрунтуються на відсутності або недійсності арбітражної угоди чи втраті нею чинності, а якщо він ґрунтуються на тому, що порушене питання перевищує повноваження арбітра, — як тільки буде порушено під час арбітражного процесу питання, яке, на думку сторони, що висуває заперечення, виходить за межі компетенції арбітра.

12. Еременко М. С. Право на справедливое судебное разбирательство в гражданском процессе : практика Европейского суда по правам человека // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. — 2004. — № 3. — СПб., 2005. — С. 623.
13. Naser Alam. Independence and Impartiality in International Arbitration — an assessment // Transnational Disput Management. — Volume I, issue 02 — May 2004; Lew J., Mistelis L., Kroll S. Comparative International Commercial Arbitration. — The Hague, London, New York, 2003. — P. 259–261.
14. <http://www.kisilandpartners.com/ukr/publications/newsletter/705>
15. Скворцов О. Ю. Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». — М., 2003. — С. 110.
16. Брунцева Е. В. Международный коммерческий арбитраж. — СПб., 2001. — С. 150.
17. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» // Третейский суд. — 2003. — № 2. — С. 56–57.
18. <http://www.kisilandpartners.com/ukr/publications/newsletter/741>
19. Третейский суд. — 2008. — № 2. — С. 33–53.
20. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised.pdf>
21. Николюкін С. В. Международный коммерческий арбитраж. — М., 2009. — С. 15.

## Комаров В. В. Правовий статус арбітра міжнародного комерційного арбітражу

**Анотація.** У статті розглянуто основні проблеми статусу міжнародного комерційного арбітражного суду й існуючі теорії делегації та представництва інтересів сторін арбітражного провадження. Констатується, що арбітри наділені статусом, що дозволяє виконувати функції з вирішення спорів. При цьому, незважаючи на договірні підстави арбітражу, арбітри незалежні від сторін при розгляді справ і не є їх представниками, хоча їх повноваження можуть припинятися, якщо сторони домовилися про припинення мандата, що свідчить про специфічність правового статусу арбітра. Аналізується принцип неупередженості та незалежності арбітrów як фундаментальний для арбітражного розгляду, а також інститут відводів як одна з гарантій реалізації цього принципу.

**Ключові слова:** арбітр міжнародного комерційного суду, статус арбітра, неупередженість і незалежність арбітра, відвод арбітра.

## Комаров В. В. Правовой статус арбитра международного коммерческого арбитража

**Annotation.** В статье рассмотрены основные проблемы статуса международного коммерческого арбитражного суда и существующие теории делегации и представительства интересов сторон арбитражного производства. Констатируется, что арбитры наделены статусом, позволяющим выполнять функции по разрешению споров. При этом, несмотря на договорные основания арбитражного процесса, арбитры независимы от сторон при рассмотрении дел и не являются их представителями, хотя их полномочия могут прекращаться, если стороны договорились о прекращении мандата, что свидетельствует о специфичности правового статуса арбитра. Анализируется принцип неупередженности и независимости арбитров как фундаментальный для арбитражного разбирательства, а также институт отводов как одна из гарантий реализации этого принципа.

**Ключевые слова:** арбитр международного коммерческого суда, статус арбитра, беспристрастность и независимость арбитра, отвод арбитра.

## Komarov V. Legal status of an arbiter of the International Commercial Arbitration

**Annotation.** The article deals with the main problems of the status of the International Commercial Arbitration Court and existing theories of delegation and representation of the parties interests in arbitration procedure. It is stated that arbiters have a status, which allow them to perform functions on disputes decision. Also, despite contractual grounds of arbitration, arbiters are independent from parties while decision of cases and are not their representatives, though their credentials may be stopped, if the parties agree on mandate cessation, which shows specifics of legal status of an arbiter. Principle of impartiality and independence of arbiters is analyzed as fundamental for arbitration hearing, and also an institute of challenge as one of guarantees of realization of this principle.

**Key words:** arbiter of the International Commercial Arbitration Court, status of an arbiter, impartiality and independence of an arbiter, arbiter challenge.