

УДК 341.6(045)

ТИХОМИРОВА Г.Є.,
АРАПОВА А.С.

СПОРИ В АРБІТРАЖНОМУ ТРИБУНАЛІ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Статтю присвячено проблемам вирішення спорів із кримінальними елементами у міжнародному комерційному арбітражі, розпочинаючи з можливості такого розгляду, його межами та результатами арбітражного провадження. Проаналізовані відомі справи міжнародних арбітражних трибуналів, що зачіпають питання кримінальних правопорушень. Зроблено висновок щодо неможливості розгляду арбітражем по суті справи з кримінально-правовими елементами та неможливості зобов'язати виконати контракт, який в основі має протиправні дії. Але ця інституція може встановити сам факт вчинення злочинної дії, що кваліфікується як кримінальний злочин, а також присудити компенсацію/відшкодування збитків.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітрабельність, юрисдикція арбітражного трибуналу, корупція, кримінально-правовий аспект.

Статья посвящена проблемам разрешения споров с уголовными элементами в международном коммерческом арбитраже, начиная с возможности такого рассмотрения, его пределами и результатами такого арбитражного производства. Проанализированы известные дела международных арбитражных трибуналов, затрагивающие вопросы уголовных преступлений. Сделан вывод о невозможности рассмотрения арбитражем спора по сути дела с уголовно-правовыми элементами и невозможности обязать выполнить контракт, в основе которого лежат противоправные действия. Но этот институт может установить сам факт совершения преступного действия, которое квалифицируется как уголовное преступление, а также присудить компенсацию/возмещение убытков.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитрабельность, юрисдикция арбитражного трибунала, коррупция, уголовно-правовой аспект.

The article deals with the problems of settlement of disputes with criminal elements in international commercial arbitration, starting from the possibility of this investigation, its metes and bounds and conclusion such arbitration proceeding. Analyzed the well-known cases of international arbitration tribunals touch upon a subject of criminal offenses. The author concludes, that it is impossible to investigate contentious case with criminal elements for all intents and purposes by arbitration, and it is impossible to obligate perform the contract fundamentally based on unlawful act. But this institution can establish the fact of commitment abusive action that qualifies as a criminal offense, and also award reimbursement/compensation of losses.

Key words: International Commercial Arbitration, arbitrability, jurisdiction of arbitration tribunal, corrupt practices, criminal limb.

Вступ. Питання боротьби з корупцією є актуальним та важливим не лише для нашої країни, а й для багатьох держав світу. Корупційні та інші правопорушення нерідко зустрічаються на практиці та впливають на всі сфери суспільного життя, в тому числі на міжнародний арбітраж.

Корупція – це факт життя, тому треба бути готовим до справ, які так чи інакше пов'язані з цим явищем. Бізнес та юридична спільнота стають дедалі більш чутливими до корупційних практик. Це не тільки відображено в активізованих законодавчих акціях, спрямованих на бороть-

© ТИХОМИРОВА Г.Є. – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри права та публічного адміністрування (Маріупольський державний університет)

© АРАПОВА А.С. – студентка кафедри права та публічного адміністрування (Маріупольський державний університет)

бу з корупцією та іншими шахрайськими діями та практикою, а також підйом так званої «анти-корупційної індустрії».

Корупцію в міжнародному комерційному арбітражі важко довести, частково через обмеження повноважень трибуналу щодо розслідування та здійснення примусу, а також тому, що звинувачення у корупції викликають проблеми щодо тягаря доказів. Існує також багато обговорюване питання про те, яким чином сам трибунал має розглядати справу далі, після того, як буде встановлений факт корупції.

Так чи інакше це питання було освітлено у працях Ю.І. Горда, Ю.Г. Богатіна, Д. Доненко. Проте у цьому дослідженні увага спрямована на спори, розглянуті арбітрами міжнародних комерційних арбітражів. Ця робота є спробою ілюстрації характерних прикладів вирішення питань, пов'язаних із корупційними елементами, визначення особливостей змісту та сенсу нелегальності та корупції через призму міжнародної судової практики.

Постановка завдання. Метою статті є здійснення аналізу впливу кримінально-правових аспектів на міжнародний арбітраж та можливості розгляду арбітражними трибуналами спорів, в яких присутні кримінально-правові аспекти.

Результати дослідження. У доктрині міжнародного права є термін «арбітрабельність», який не вживається в законодавстві України. Інститут арбітрабельності визначає компетенцію арбітражу стосовно тих чи інших спорів, а також чи буде дійсною арбітражна угода. Арбітрабельність окреслює коло спорів, що входять до компетенції міжнародного арбітражу та можуть бути предметом арбітражного розгляду [1, с. 41].

З огляду на розуміння значення терміна «арбітрабельність», на практиці виникає багато питань стосовно того, чи потрапляє конкретний спір під юрисдикцію арбітражного трибуналу. Особливо, якщо в спорі наявні кримінально-правові елементи, зокрема наявність факту корупції. Чи повноважний міжнародний комерційний арбітраж розглядати такі питання?

Позиції арбітрів міжнародних комерційних арбітражів із цього питання дещо різняться. Як приклад можна навести справу ICC 1110 (1963 р.) [2] із наявністю обвинувачення в отриманні неправомірної вигоди як причини укладення контракту, в якій арбітр зазначив, що в нього немає юрисдикції розглядати спір, оскільки арбітраж не може мати наслідком примусове виконання незаконного контракту.

Арбітр, відмовляючи у задоволенні вимог сторін процесу, у рішенні вказав: «Неможливо відкидати існування загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями, відповідно до яких договори, що порушують добрі звичаї або міжнародний публічний порядок, є незаконними або не підлягають примусовому виконанню, а тому не можуть бути санкціоновані судами або арбітрами. Не видається можливим закрити очі на деструктивний вплив (вказаної суми хабара) на практику здійснення ділових операцій, що призводить у подальшому до підриву індустріального прогресу. Корупція є міжнародним злом і суперечить публічному порядку. Моє рішення базується не на будь-яких національних нормах, а на загальноновизнаних принципах» [2].

З цього кейсу випливає, що корупція у будь-яких її проявах є порушенням публічного порядку. Крім того, арбітр вказав на існування і порушення міжнародного публічного порядку, а корупцію визнав злом, з яким мають боротися усі цивілізовані держави.

Якщо в цій справі арбітражний трибунал дійшов висновку, що такі спори є неарбітрабельними та не можуть розглядатися в арбітражі, то в справі *ICSID World Duty Free v. Kenya* (2006 р.) [3] арбітр розглянув спір та встановив факт корупції, тобто визнав наявність у міжнародного комерційного арбітражу юрисдикції розглядати такі питання. Проте трибунал відмовив у задоволенні вимог, що виникли з контракту, який був укладений незаконним шляхом.

Варто зазначити, що ці рішення об'єднані одним аспектом. Вимоги, що мають підставою незаконний контракт, не можуть бути задоволені. Однак чіткої відповіді щодо того, який саме висновок має бути зроблений трибуналом (чи треба відмовити в юрисдикції, або ж чи має трибунал відмовити у вимогах по суті), очевидно, нині не існує.

Варто враховувати, що для того, щоб оцінити існування факту правопорушення у справі та його серйозність, арбітри мали принаймні розглянути докази щодо існування правопорушення. Тому перевагу, вірогідно, необхідно надавати підходу, за яким спір визнаватиметься арбітрабельним у тому сенсі, що трибунал не має відмовляти в розгляді спору лише на підставі твердження про наявність факту правопорушення. Здається, що лише після розгляду доказів незаконності, встановлення факту незаконності та ступеня такої незаконності трибунал може відмовити в юрисдикції або в задоволенні вимог по суті.

Як аргумент на підтримку арбітрабельності таких спорів можна також навести презумпцію арбітрабельності спорів, яка закріплена в законодавстві більшості розвинених країн. За загальним правилом всі спори, що стосуються економічного інтересу (наприклад у таких країнах, як Австрія, Німеччина) або стосуються справ, щодо яких може бути укладена мирова угода (наприклад у Швеції), є арбітрабельними, якщо закон прямо не передбачає іншого. Здебільшого таке законодавство не містить окремого застереження щодо кримінально-правових аспектів у цивільних справах. Отже, немає підстав стверджувати, що такі спори мають вважатися неарбітрабельними.

Крім того, загальною визначеною є принцип *competenz-competenz*, згідно з яким трибунал сам може вирішити питання щодо своєї юрисдикції. Це передбачає, що у трибуналу є повноваження розглянути докази та дійти висновку про дійсність чи недійсність арбітражної угоди.

Стосовно того, яке рішення має бути ухвалене трибуналом у конкретній справі (відмова в юрисдикції або відмова в задоволенні вимог по суті), то це залежить, на мою думку, від двох факторів. По-перше, від природи арбітражу (наприклад, навряд чи можна говорити про незаконність арбітражної угоди, якщо арбітражна угода міститься у ВІТі. Адже інвестиційні спори, як правило, розглядаються на підставі арбітражної угоди, яка міститься в міждержавному договорі про захист і заохочення інвестицій (ВІТ). Тому у такому разі відмова у задоволенні вимог по суті виглядає логічною). По-друге, від природи правопорушення та ступеня його тяжкості.

У таких випадках, як наркоторгівля, корупція та інші серйозні правопорушення, нікчемним є не лише сам договір, але й арбітражна угода в ньому. Отже, варто очікувати, що після розгляду доказів та визнання їх достатніми трибунал дійде висновку про відсутність у нього юрисдикції розглядати спір по суті (рішення за юрисдикцією). У разі менш серйозних правопорушень можна очікувати, що існування юрисдикції буде визнане, а в задоволенні самих вимог по суті буде відмовлено.

Також необхідно згадати про цивільно-правові наслідки укладення незаконного контракту. Зазвичай контракт, що є незаконним, визнається нікчемним. Як приклад мотивування цього висновку наводяться аргументи про те, що такий контракт порушує міжнародний публічний порядок або ж відсутнє вільне волевиявлення сторін на укладення такого контракту.

Варто зазначити, що арбітражна практика виходить з того, що у таких випадках двостороння реституція не застосовується. З огляду на вказані вище причини, вимоги щодо примусового виконання незаконного контракту є недопустимими. Відповідно, наприклад, стягнення заборгованості за таким контрактом не є можливим априорі. Водночас відповідач має право на задоволення зустрічних вимог щодо компенсації збитків за таким контрактом або право на реституцію в односторонньому порядку.

При цьому варто враховувати, що можливість отримання такої компенсації перебуває у прямій залежності від двох факторів: наявності, на думку арбітражу, дійсної арбітражної угоди та відповідної юрисдикції; існування вини та участі відповідача у скоєнні правопорушення.

На практиці трибунали часто відмовлялися в задоволенні зустрічних вимог відповідача щодо стягнення збитків, якщо такий відповідач був втягнутий у незаконні дії. Як стверджує загальний принцип права – *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, тобто якщо обидві сторони є винними, то жодна зі сторін не має права на компенсацію. Правильним є висновок Трибуналу у справі *World Duty Free* [3]: «Контракт може мати цивільно-правові наслідки, однак реституція не може мати наслідком повернення сплаченого позивачем хабара» [3].

Цікавим також є питання можливості паралельного розгляду спору в арбітражному трибуналі та в порядку кримінального провадження за національним законодавством, а також яким чином кримінальні розслідування впливають на арбітражне провадження.

У разі конкуруючих форумів, застосовне законодавство може мати суттєвий вплив на те, чи буде зроблений позитивний висновок про корупцію. Суди та трибунали можуть приймати різні висновки щодо тих самих фактів та юридичних питань. Отже, є високий ризик прийняття суперечливих рішень.

Крім того, арбітри не мають тих самих ресурсів або слідчих повноважень, що й органи кримінального переслідування. Хоча виявлення корупції може стати вирішальним питанням у справі, арбітри можуть не мати необхідних інструментів для його встановлення. Як правило, кримінальний вирок не є обов'язковим для арбітражного суду.

У справі *Inceysa Vallisoletana v. El Salvador* [4] трибунал постановив, що висновки державних органів щодо законності інвестицій не є вирішальними. Це треба визначити третейським судом, і висновки національного суду не є *res judicata* (лат. *res judicata* – вирішена справа) –

в римському праві положення, відповідно до якого остаточне рішення повноважного суду, яке набуло чинності, є обов'язковим для сторін спору і не може бути переглянута) для мети визначення юрисдикції.

У рішеннях по результатах розгляду спору між MOL Hungarian Oil and Gas Plc. («MOL») and Croatia's INA-Industrija nafte d.d. («INA»), що розглядалися у двох арбітражах: ICSID (Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів) [5] та в арбітражі ЮНСІТРАЛ (PCA Case No. 2014-15) [6], трибунали висловили думку, що рішення національних судів не можуть взагалі впливати на арбітражні процедури у сфері міжнародного комерційного права. Загальним принципом є те, що арбітражні трибунали не пов'язані кінцевими рішеннями національних судів або рішеннями, винесеними національними конституційними судами, оскільки такі рішення розглядаються арбітражними судами лише як факти. Проте, навіть якщо кримінальний вирок не має обов'язкової сили, він буде врахований в оцінці арбітрами доказів.

Нерівномірність арбітражної судової практики відображає відсутність консенсусу щодо способів боротьби з корупцією у міжнародних суперечках. Це залишає нам кілька запитань: чи є ситуація бажаною, коли національні рішення, що стосуються корупції, можуть бути відхилені трибуналами? Яким чином можуть бути узгоджені рішення цих двох інституцій? Чи має існувати презумпція того, що кримінальні вирок є неспростовними? Що робити, якщо вирішення спорів національними судами є недосконалим?

Порівняно нещодавно апеляційний суд Англії та Уельсу («Суд») у справі «Лондонське товариство взаємного страхування пароплавів» проти Королівства Іспанія та Французької держави [2015] EWCA Civ 333 [7] прийняв рішення, яке охоплює різні теми в межах розглядуваного правового поля. Далі будуть проаналізовані висновки Суду стосовно арбітрабельності претензій, які стосуються передбачуваної злочинної поведінки.

Справа пов'язана з розливом нафти внаслідок загибелі судна, що її перевозило, біля берегів Франції та Іспанії. Уряди Франції та Іспанії домагалися правового захисту від різних сторін, включаючи судові процеси в Іспанії. Однією з таких сторін були страховики судна, з якого була розлита нафта. Страховики вжили попереджувальних заходів, почавши арбітражне провадження щодо декларативної допомоги: заявили про те, що Франція та Іспанія були пов'язані арбітражним застереженням, передбаченим у страхових правилах, і тому страховики не несуть відповідальності за основним договором.

Франція та Іспанія висловились проти цього арбітражу з різних причин. Однією з причин, яка була висунута від імені Іспанії, полягає в тому, що справа не може бути вирішена арбітражем, оскільки відповідальність за ст. 117 Кримінального кодексу Іспанії («SPC») вимагає відкриття кримінального провадження. Було встановлено, що через те, що арбітражний суд не може притягнути до кримінальної відповідальності, така вимога відповідно до ст. 117 SPC не може розглядатися в арбітражному судочинстві.

Апеляційний суд постановив, що це питання і відповідні положення мають цивільний характер та арбітр має повноваження для виявлення фактів, що становлять злочин, і навіть визнають, що було вчинено кримінальне правопорушення. Проте проблема полягає в застосованому праві, згідно з яким таке кримінальне правопорушення має бути доведено під час арбітражного розгляду.

Це підкреслює той факт, що, хоча міжнародний комерційний арбітраж не має змоги притягнути до кримінальної відповідальності, він може визнати, що було вчинено кримінальне правопорушення. Одночасно, хоча арбітражний суд не може винести покарання у вигляді позбавлення волі, він може призначити відшкодування збитків. Ці збитки можуть містити покарання за ознаками злочину.

Висновки. Таким чином, арбітраж розглядати справу з кримінально-правовими елементами по суті не може, не може зобов'язати виконати контракт, який, за національним законодавством, є незаконним. Проте ця інституція може встановити сам факт вчинення злочинної дії, що кваліфікується як кримінальний злочин, а також присудити компенсацію/відшкодування збитків.

Аналіз вищенаведених кейсів дає змогу зробити ствердний висновок, що корупція у будь-яких її проявах (дача/отримання хабара/ іншої неправомірної вигоди) є порушенням публічного порядку. Крім того, корупційна складова частина у комерційних відносинах має розглядатися як порушення міжнародного публічного порядку, а не регіонального чи національного. Тому саме на міжнародному рівні треба врегулювати спірні питання, пов'язані з корупційними елементами, а саме встановити:

– стандарти щодо тягара доказування;

- як впливає корупція на контракт, у зв'язку з яким виник спір;
- чи буде дійсна арбітражна угода в разі виявлення факту корупції;
- чи є допустимими незаконно отримані докази в міжнародному комерційному арбітражі;
- чи зобов'язані арбітри повідомляти державні органи про наявний факт корупції.

Категоріям корупції та нелегальності приділяється чимало уваги з точки зору доктринальних досліджень. Разом із цим досить обмеженою є інформація щодо дій міжнародного комерційного арбітражу у разі наявності кримінальних елементів в арбітражних справах. У світлі підвищення авторитету міжнародного комерційного арбітражу та збільшення кількості справ із кримінальними елементами необхідним є всебічний розгляд, аналіз та врегулювання цього проблемного питання.

Список використаних джерел:

1. Купцова М.В. Арбітрабельність спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Наука і практика. 2012. № 5 (140). С. 41–45.
2. J. Gillis Wetter. Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110. *Arbitration International*. 1994. Vol. 10. № 3. P. 294.
3. World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7. 2006. URL: http://www.tjssl.edu/slomansonb/12.5_Bribery.pdf (дата звернення: 23.06.2018).
4. Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26. 2006. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf (дата звернення: 23.06.2018).
5. MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/13/32. International Centre for Settlement of Investment Disputes. 2014. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4073.pdf> (дата звернення: 23.06.2018).
6. Republic of Croatia v. MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc, PCA CASE No. 2014-15. Permanent Court of Arbitration. 2016. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw94016.pdf> (дата звернення: 24.06.2018).
7. The London Steam Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain and Another (The «Prestige») (No 2). Court of Appeal (Moore-Bick, Patten and Tomlinson LJ). 2015. URL: <https://court-appeal.vlex.co.uk/vid/a3-2013-3463-2013-563262050> (дата звернення: 24.06.2018).