



USAID
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ

fhi360
THE SCIENCE OF IMPROVING LIVES

Програма розвитку державно-приватного партнерства

МЕТОДИЧНА РЕКОМЕНДАЦІЯ
З ПИТАНЬ ДПП № 3



Вирішення спорів щодо муніципальних проектів ДПП в Україні (Міжнародний арбітраж)

ПОКРАЩЕННЯ
НАДАННЯ
ДЕРЖАВНИХ ПОСЛУГ,
РОЗВИТОК
ІНФРАСТРУКТУРИ,
НАВКОЛИШНЬОГО
СЕРЕДОВИЩА ТА
ЕКОНОМІКИ ЗА
РАХУНОК ДПП

МЕТОДИЧНА РЕКОМЕНДАЦІЯ З ПИТАНЬ ДПП №3

**ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ЩОДО МУНІЦИПАЛЬНИХ
ПРОЕКТІВ ДПП В УКРАЇНІ
(МІЖНАРОДНИЙ АРБІТРАЖ)**

КРІС ШУГАРТ
жовтень 2014 р.

ДИСКЛАМАЦІЯ

Дані, тлумачення та висновки, що містяться в цій методичній рекомендації належать виключно автору та не стосуються Програми розвитку державно-приватного партнерства (Програми розвитку ДПП), Агентства США з міжнародного розвитку (USAID), що виконується компанією FHI360 або будь-кого з її партнерів. Ні Програма розвитку ДПП, ні FHI360 не гарантує достовірність інформації, що міститься в цій публікації і не несе відповідальність за наслідки її використання.

Незважаючи на те, що матеріали цієї публікації належить Програмі розвитку ДПП, розповсюдження інформації дозволено.

Усі питання щодо змісту цього документа прохання надсилати на електронну адресу Програми розвитку ДПП p3dp@fhi360.org . Усі матеріали Програми розвитку ДПП можна знайти на веб-сайті Програми www.ppp-ukraine.org англійською та українською мовами.

Зміст

ПРО ПРОГРАМУ РОЗВИТКУ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА	4
ПРО АВТОРА	5
АНОТАЦІЯ	6
1. ВСТУП	7
2. МІЖНАРОДНИЙ АРБИТРАЖ.....	8
3. ВНУТРІШНІЙ АРБИТРАЖ (ТРЕТЕЙСЬКІ СУДИ)	11
4. ПОСЛУГИ ЕКСПЕРТІВ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ СОРІВ ДПП	12
5. ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ	16

ПРО ПРОГРАМУ РОЗВИТКУ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Метою Програми розвитку державно-приватного партнерства (Програми розвитку ДПП) в Україні, що впроваджується FHI 360 за фінансової підтримки Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) є розширення використання механізму ДПП в Україні та збільшення ролі фінансування приватного сектора, досвіду і сучасних технологій для поліпшення інфраструктури та якості надання державних послуг, а також навколишнього середовища. Програма надає допомогу уряду України на національному та муніципальному рівнях для поліпшення правової та інституційної бази з метою розширення можливостей окремих осіб та організацій для розробки і участі в діяльності ДПП, разом з тим підтримує реалізацію пілотних проектів ДПП. Важливо відзначити, що Програма розвитку ДПП допомагає розвинути потенціалу уряду для більш ефективної співпраці з приватним сектором у сфері будівництва або відновлення інфраструктури, поліпшення або відновлення надання державних послуг та розвитку економіки.

Програма розпочала діяльність у жовтні 2010 року і має на меті досягнення чотирьох взаємопов'язаних і взаємодоповнюючих завдань, кожне з яких сприяє розвитку ДПП в Україні і повністю відповідає Стратегії співробітництва розвитку країн АМР США для України:

- 1. Створення нормативно-правової бази, що сприятиме розвитку ДПП** шляхом поліпшення законодавства, законів та підзаконних актів, які сприятимуть впровадженню ініціативи ДПП як на національному, так і на муніципальному рівнях.
- 2. Зміцнення потенціалу Мінекономрозвитку щодо підтримки ДПП**, який стане цінним ресурсом для муніципалітетів та державних установ, що прагнуть підвищити ефективність і якість надання державних послуг та розвитку інфраструктури за рахунок участі приватного сектора. Новостворений уповноважений орган з питань ДПП координує значну частину діяльності Мінекономрозвитку, направленої на підтримку ДПП.
- 3. Навчання та інформування у сфері ДПП** представників муніципалітетів з метою створення і впровадження ДПП, разом з тим поліпшення організації управління на місцях. За рахунок проведення тренінгів, семінарів, конференцій та навчальних поїздок зростає обсяг знань про ДПП на місцевому рівні. Програма розвитку ДПП демонструє, як за рахунок впровадження програм стратегічних комунікацій, що сягають широкого кола громадськості та ЗМІ, можна зробити цінний внесок в процес розвитку ДПП.
- 4. Впровадження пілотних проектів ДПП** в ключових секторах шляхом надання допомоги пілотним містам на всіх етапах підготовки проекту: від концепції до представлення пілотних проектів на ринку через прозорий та конкурентний конкурс. Отриманий практичний досвід слугуватиме подальшому удосконаленню середовища та процесів для використання ДПП в Україні.

ПРО АВТОРА



Доктор Кріс Шугарт є незалежним консультантом, який з 1994 року спеціалізується на залученні приватного сектору в інфраструктурні проекти та ДПП (серед інших пов'язаних речей). Він отримав докторську ступінь Гарвардського університету в 1998 році, захистивши дисертацію на тему угод ДПП.

Пан Шугарт працює консультантом впровадження угод ДПП, дослідник і викладач. Його основні галузі спеціалізації включають: залучення приватного сектору в інфраструктуру, державно-приватне партнерство, концесії, ВОР, і угоди на управління (у тому числі водопостачання та водовідведення); формування стимулів, цінової політики, нормативно-правової бази, систем і методик; проектне фінансування, підтримка в переговорах та судових питаннях.

Доктор Шугарт нещодавно брав участь у підготовці одного з найкращих посібників з ДПП, виступивши провідним зовнішнім радником у підготовці «Посібника до посібника» на замовлення Європейського експертного центру ДПП. Доктор Шугарт має значний досвід в укладаннях угод ДПП. Протягом п'яти років він працював в якості старшого банкіра ЄБРР (1995-2002), розробивши і залучивши фінансування до декількох ДПП, у тому числі концесії на водопостачання у Софії, водовідведення за схемою ВОР у Загребі. До цього він був одним з двох провідних радників міста Марібор (Словенія) для підготовки проекту ВОР для очисних споруд (1995–1997 рр.).

АНОТАЦІЯ

Для збільшення ефективності договорів державно-приватного партнерства (ДПП), необхідно забезпечити виконання положень даних угод. Тим не менш, у багатьох країнах національні судові системи не здатні вирішувати спори, що можуть виникнути в результаті імплементації договору ДПП. Альтернативою судів є арбітраж, який у багатьох країнах вважається найкращим методом вирішення спорів щодо ДПП, особливо, коли мова йде про іноземних інвесторів.

У методичній рекомендації розглянуто варіанти для вирішення спорів в Україні поза судовою системою, зосереджуючись на муніципальному рівні, включаючи як міжнародний, так і внутрішній комерційний арбітраж. У документі міститься огляд відповідного законодавства, розглядаються питання про вибір арбітрів, примусового забезпечення виконання положень договорів ДПП, а також питання щодо залучення експертів.

У разі, якщо судова система України стане остаточним механізмом вирішення спорів, то сторони договору ДПП в Україні не матимуть належної упевненості щодо дотримання їх договірних прав у суді. Це істотно збільшує ризик, особливо, для приватного партнера.

Це істотно збільшує ризик, особливо для приватного партнера, і це є, наразі, серйозною перешкодою для приватного партнера, який хоче інвестувати в проекти ДПП, а також для банків, готових кредитувати значні суми. Таким чином, для розвитку ДПП в Україні зменшення ризиків вирішення спорів є вкрай важливим.

1. Вступ

Державно-приватне партнерство (ДПП) зазвичай розглядається, як співробітництво, засноване на *довгостроковій юридично обов'язковій угоді*, що визначає права і обов'язки кожної зі сторін, а також умови договору та інші пов'язані питання. Хоча письмові угоди можуть бути корисні як спосіб для вирішення спорів, навіть, якщо вони не є обов'язковими до виконання, сторони взагалі не прийматимуть на себе важливих зобов'язань, якщо вони не впевнені, що вони можуть належним чином захищати свої договірні права. Якщо вони не матимуть гарантій, угода стане "імпліцитною" - такою, що реалізується і підтримується за рахунок відносин між сторонами та інших впливів сторін, не передбачених законом. Більша частина потенційної цінності проектів ДПП буде втрачена.

Важливість ефективного забезпечення виконання положень не має оцінюватися тим, як часто сторони, у кінцевому підсумку, вирішують спори; це може ніколи не відбутися. Вони можуть, навіть, рідко переглядати угоду. Але, коли сторони укладають довгострокову угоду або намагатимуться переглянути її, резервний варіант – примусово застосовані норми, що кожна зі сторін має в даний час – мають бути завжди на тлі обговорення.

Існує загальна думка, що національна судова система практично в будь-якій країні не дуже добре підходить для розгляду багатьох суперечок, які можуть виникнути в результаті реалізації проектів ДПП. Для належного розгляду спорів щодо проектів ДПП часто необхідні спеціальні знання та навички. Більшість судів не мають компетентних суддів, навіть, з кваліфікованими свідками. З цієї причини, зокрема, арбітраж є найкращим остаточним методом вирішення спорів ДПП в багатьох країнах, особливо, коли мова йде про зарубіжних інвесторів.

У цьому документі розглядаються варіанти для вирішення спорів щодо угод ДПП в Україні, що не входять до судової системи України. Основна увага приділяється проектам ДПП на муніципальному рівні - рівень, на якому Програма розвитку ДПП приймала найбільш активну участь у підготовці пілотних проектів ДПП, але більшість висновків є актуальними для проектів ДПП на всіх державних рівнях в Україні.

Цей документ написаний для людей, які не є експертами вузького профілю, покликаний забезпечити лише загальний огляд питань і не оцінює належним чином складності правових питань в Україні. Це не є метою даного документу. Натомість, метою цієї записки є висвітлення ряду критичних проблем більш загального характеру для державних службовців та представників приватного сектору, що працюють у сфері ДПП.

Нарешті, слід зазначити, що в записці розглядаються лише методи отримання обов'язкових рішень третьою стороною; цей документ не включає можливості посередництва або примирення під час вирішення спорів ДПП.

Програма розвитку ДПП висловлює вдячність щодо попереднього обговорення деяких з цих питань з Маркіяном Мальським (Arzinger) та Олегом Альошиним (Василь Кісіль та Партнери). Вони можуть не погодитися з думками, висловленими в цьому документі. Автор документу є відповідальним за будь-які ймовірні помилки.

2. МІЖНАРОДНИЙ АРБІТРАЖ

2.1 Міжнародна практика

Міжнародний комерційний арбітраж є поширеним способом для розгляду спорів, що зазначається в угодах ДПП у разі, коли компанія ДПП є іноземною або має іноземних інвесторів.

Для комерційного арбітражу термін "міжнародний" не означає, що арбітражне засідання обов'язково має проводитися за межами країни, в якій знаходиться компанія ДПП (хоча, часто він дійсно відбувається за межами цієї країни). Швидше за все, термін означає, що важливі аспекти сторін або спору стосуються більше, ніж однієї країни (наприклад, сторони мають свої комерційні підприємства в різних країнах) і це часто означає, що арбітраж проводитиметься з використанням правил, встановлених (або наближених до таких правил) визнаною міжнародною організацією, або проводиться під егідою такої організації.

2.2 Україна

В Україні діє закон «Про міжнародний комерційний арбітраж», прийнятий у 1994 році і підписані основні міжнародні угоди, що стосуються міжнародного арбітражу, в тому числі, Нью-Йоркська конвенція та Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж.

Це хороша юридична практика, що, в основному, базується на широко поширеному типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж. Вона регулює всі міжнародні комерційні арбітражні розгляди, що проводяться в Україні. Для практичних цілей, можна потенційно застосовувати для арбітражу (якщо «міжнародний») для майже всіх муніципальних проектів ДПП в Україні; у рідкісному випадку муніципалітет погодитиметься на арбітраж, що проводитиметься в Стокгольмі, Відні, або Лондоні (хоча ніхто не може заборонити муніципалітету використати таку можливість).

Закон встановлює дві «постійні арбітражні інституції», одна з яких очолюється Торгово-Промисловою палатою України, що іменується Міжнародним комерційним арбітражним судом (МКАС при ТПП України). (Інша – Морська Арбітражна Комісія, що не грає ніякої ролі у вирішенні спорів ДПП.) Сторони можуть також використати арбітраж *ad hoc* – тобто арбітраж, створений самими сторонами, а не організований відповідно до правил інституції.

Закон застосовуватиметься лише у випадку, коли хоча б одна зі сторін є іноземною або має «іноземні інвестиції», які не визначено в арбітражному праві, але загально становить, принаймні, 10% іноземної власності.

Арбітраж за цим законом досить добре працює. Впродовж року слухається близько 500 справ. Потенційно, це є перспективний метод для остаточного вирішення спорів ДПП в Україні, але водночас є декілька недоліків.

По-перше, це відсутність ясності в законі щодо видів спорів, які не можна розглядати в арбітражі (тобто такі, що не підлягають розгляду в суді). Це створює певний ризик для

людей, що зазначають Міжнародний комерційний арбітраж для вирішення спорів у своїх угодах.

Відповідно до Арбітражного процесуального кодексу, суперечки, пов'язані з «громадськими угодами, що забезпечують державні потреби», не можна передавати до арбітражу. Не зовсім зрозуміло, що саме це означає. Дехто інтерпретує це, як «Державні закупівлі»; інші вважають, що значення терміну є значно вужчим.

На даний час, використання арбітражу в будь-якому виді *концесії* (тобто механізми, які підпадають під закон про концесії) обмежується ситуаціями, в яких сама сторона є іноземною організацією; а отже українська цільова компанія з іноземними інвесторами НЕ відповідатиме вимогам. Так як більшість проектів ДПП залучають місцеві компанії ДПП, незалежно від розподілу акцій, у даному випадку для концесій арбітраж не може використовуватися. Пропозиція щодо внесення змін до законодавства про ДПП (зареєстрована у Верховній Раді) підвищить можливість включати *компанії з іноземними інвестиціями*, в результаті чого відбудеться гармонізація закону «Про концесії» із законодавством про ДПП.

Відповідно до однієї з інтерпретацій (на основі закону «Про міжнародне приватне право»), спори, що стосуються нерухомого майна (нерухомості) підпадають під виключну юрисдикцію судів і не можуть бути передані на розгляд до арбітражу. Проекти ДПП часто включають земельні питання, питання відводу земельних учасків і суміжних прав власності. Але відповідно до судових рішень, вважається, що в арбітражному суді не можна розглядати лише вузьке коло майнових питань.

Другий напрямок стосується вибору арбітрів. У законі не зазначено, що сторони повинні обирати арбітрів з рекомендованого списку МКАС. Але на практиці, МКАС вимагає, щоб сторони обирали арбітрів зі списку осіб, зазначених МКАС. Будь-який арбітр, обраний однією зі сторін може бути оскаржений іншою стороною, і спір розглядатиме представник МКАС. Існує питання, чи можуть сторони обрати арбітрів зі списку, які будуть компетентними і матимуть відповідний досвід у багатьох питаннях, які можуть виникнути в процесі реалізації проектів ДПП. Практика в Україні показує, що вибір арбітрів поза списком МКАС може викликати труднощі і на практиці є неможливим.

Один із способів вирішення цієї проблеми, коли сторони матимуть можливість обрати арбітрів самостійно, використовуючи спеціальну процедуру *ad hoc* (допустиму за законом) та обрати відповідну місцеву організацію, що здійснюватиме лише адміністративну роль - тобто надавати адміністративну підтримку (оформляти протоколи зборів, відповідати за документообіг, забезпечувати приміщення та логістику для проведення засідань тощо), але не обирати арбітрів, ця функція закріплена за сторонами угоди. Такий розподіл функцій може спрацювати, але вимагає від сторін ретельної розробки пунктів угоди про арбітраж.

Одним з основних застережень є те, що *виконати* арбітражне рішення судом не завжди просто. Багато українських судів не має дружнього ставлення до міжнародного арбітражу. Суддям, що працюють в першій інстанції не вистачає відповідного досвіду і цей процес може зайняти багато часу.

Сторона, що виграла спір повинна спочатку йти до першої судової інстанції для забезпечення арбітражного рішення (на відміну від багатьох інших країн, де вона буде йти відразу до суду найвищої інстанції). Судді на цьому рівні достатньо підготовлені для вирішення питань щодо винесеного рішення. Можуть виникнути різні процедурні питання, деякі з них засновані на досить невірних аргументах. Наприклад, сторона, що програла, може стверджувати, що її не попередили своєчасно або, що є недоліки в редакції самого пункту угоди про арбітраж. Суди часто приймають надмірно суворий і дуже формальний підхід у вирішенні цих справ. В деяких випадках, сторона, що перемогла, фактично, повинна показати, що немає ніяких підстав для відмови у виконанні цього рішення. Іноді суди, всупереч закону і практиці, повторно розглядають справу по суті.

Іноді суди використовують «державні інтереси», щоб обґрунтувати невиконання арбітражного рішення. Закон говорить, що суд може відмовити у забезпеченні виконання рішення, якщо виконання такого рішення буде «суперечити державним інтересам України». Це не є новинкою для України, а відображає положення типового закону ЮНСІТРАЛ і Нью-Йоркської конвенції. Але суть цього положення у такій формі, як вона використовується в цих міжнародних документах, була дуже обмеженою. З історії її прийняття очевидно (підтверджено пізніше інтерпретаціями багатьох національних судів), що положення про виключення державної політики в Нью-Йоркській конвенції мало використовуватися для використання лише в найбільш виняткових випадках, коли відбувається порушення основних принципів моралі і справедливості основних засад в державі, у якій знаходиться суд, а не лише закону країни.

Положення, що має дуже широке тлумачення, слугувало основою для незабезпечення виконання рішення в Україні. Існувала тенденція судів припускати, що якщо суд виявив, що рішення не відповідає нормам українського законодавства, то забезпечення його виконання суперечить державній політиці.

Яскравим прикладом є справа 2008 року, коли пункт угоди про арбітраж посилався на «Арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті Києва», який офіційно не існує. Імовірно, сторони мали намір використати «Міжнародний комерційний арбітражний суд при ТПП України». Український районний суд відмовив у забезпеченні виконання рішення у зв'язку з потенційним порушенням державних інтересів.

Позитивним фактором є те, що ці нікчемні рішення першої інстанції, як зазначено вище, часто можна виправити, подавши апеляцію.

Останнім не правовим, але надзвичайно важливим недоліком при використанні міжнародного комерційного арбітражу для проектів ДПП на муніципальному рівні є те, що, хоча в Україні немає заборон щодо використання муніципалітетами цього закону (коли компанія ДПП має іноземні інвестиції у всіх випадках, окрім концесій), більшість муніципалітетів не ставитимуться до цього нормально і не хотіли б використовувати арбітраж – навіть, арбітраж під егідою Української торгово-промислової палати. Це здається досить незвичним і неприродним для них. Муніципальні чиновники надають перевагу використанню національних судів. Більш того, висока вартість арбітражу

також викликає занепокоєння чиновників, яке у багатьох випадках може бути цілком виправдане.

3. Внутрішній арбітраж (Третейські суди)

Україна також має закон, що регулює внутрішній арбітраж (Закон «Про третейські суди»), прийнятий у 2004 році.

Арбітраж може здійснюватись під егідою приватних «арбітражних судів», зареєстрованих відповідними органами влади. (Хоча вони і називаються “судами”, це не є суди в звичайному розумінні цього слова). Кожен з них має закритий перелік арбітражних суддів.

Відповідно до цього закону, арбітраж може проводитись за допомогою спеціальних судів. Процедура обрання третейських суддів та процедур є досить гнучкою.

Після винесення рішення, забезпечення його виконання здійснюється на основі судового наказу, виданого державним судом. Підстав для невиконання такого наказу небагато – наприклад, склад членів арбітражного суду не відповідає вимогам закону. Суд не може розглядати суть рішення арбітражного суду.

Більше 400 арбітражних судів було створено відповідно до закону «Про третейські суди». Більшість практикуючих юристів вважають, що більшість таких судів є упередженими, а деякі, навіть, створені компаніями, що будуть учасниками процесу (такі суди можуть здійснювати свою діяльність на території цих компаній) та отримують підтримку від доброзичливо налаштованих до них арбітражних суддів.

Саме з цієї причини до третейських судів ставляться з упередженим ставленням. У минулому їх використання підлягало значній критиці, але ця критика була спрямована більше на використання необізнаності клієнта при підписанні арбітражної угоди, наслідком якої були упереджені арбітражні суди. Як наслідок, справи у спорах щодо захисту справ споживачів було вилучено з юрисдикції третейських судів у 2011 році. Тим не менш, цей негативний досвід й досі впливає на недовірливе ставлення до третейських судів. І саме ця недовіра має бути подолана, якщо процедура вважатиметься прийнятною для проектів ДПП.

Цікаво, що принаймні на папері, підстави для заперечення рішення третейського суду є менш суттєвими, ніж в рамках міжнародного арбітражного права. У третейському суді, суд не може переглядати рішення арбітражного судді по суті. На відміну від того, що зазначено вище, міжнародні арбітражні правила включають в себе всі питання «державної політики».

Проблема полягає в тому, що суди першої інстанції не завжди чітко вказують на відмінності між процесуальними аспектами та основними аспектами арбітражних процедур в процесі забезпечення виконання арбітражного рішення. Проте, можливо знайти деякі, хоча і хиткі, підстави для виправдання відмови щодо забезпечення виконання арбітражного рішення. У будь-якому випадку, процедурні питання використовуються протилежною стороною для тривалих затримок. Практикуючі

юристи вважають, що подібні помилки судів нижчої інстанції можуть бути виправлені через подання апеляції.

Критичною перешкодою, в контексті проектів ДПП, є те, що ні держава, ні муніципалітети не можуть бути учасниками третейського суду (пункт 6, ст. 6). На даний момент, цей пункт унеможливує використання цієї процедури для вирішення спорів державно-приватного партнерства. Однак деякі муніципальні підприємства використовують внутрішній арбітраж. Арбітражний суд, при Лізі юридичного захисту справ споживача (zareєстрований у 2004 році) веде багато судових процесів, учасником яких є муніципальні підприємства. Крім того, нещодавно суд підтвердив, що муніципальні підприємства (на відміну від самих муніципалітетів) можуть бути сторонами внутрішнього арбітражу.¹

Але, навіть, якщо муніципальне підприємство і приватна компанія могли б використовувати внутрішній арбітраж для вирішення спору щодо угоди ДПП, арбітражне рішення не буде остаточним по відношенню до муніципалітету і може бути оскаржене ним у суді, якщо, скажімо, муніципалітет гарантував платежі, що мають сплачуватися муніципальним підприємством.

Дехто може стверджувати, що ця неможливість муніципалітетів використовувати внутрішній арбітраж повинна бути змінена, але після цього мають бути створені шляхи для запобігання зловживанням, що можуть виникнути у внутрішньому арбітражі. Один з можливих варіантів, це вимагати, щоб третейський суд відповідно до законодавства має проводитися під егідою національних або регіональних торгово-промислових палат з метою покращення довіри до судів та видалення аспекту «дикого заходу» .

В принципі, механізм третейського суду можна застосовувати для вирішення спорів ДПП на муніципальному рівні (навіть якщо ДПП компанія має “іноземні інвестиції”). Оскільки не існує ніяких обмежень щодо того, хто може визначати третейські суди для таких цілей (до того часу, доки вони не будуть зареєстровані), у майбутньому цілком можливо (після підписання угод ДПП) зробити цю процедуру більш прийнятною для муніципалітетів. Цього можна досягти шляхом створення спеціального органу, що орієнтуватиметься, в основному, на справи, що стосуються муніципальних проектів ДПП. Але це рішенням не на найближче майбутнє.

4. Послуги ЕКСПЕРТІВ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ДПП

4.1 Потреба у прискореному механізмі вирішенні спорів ДПП до застосування арбітражу

Коли арбітраж вперше почали широко використовувати, здавалося, що було знайдено швидкий і дешевий спосіб вирішення спорів, але з часом його функціонування стало досить формалізованим; принаймні, міжнародний комерційний арбітраж є досить затратним і розглядає спори протягом тривалого часу. У довгострокових угодах, арбітраж, як правило, використовується при погіршенні відносин між сторонами, а в

¹ Київський апеляційний господарський суд, справа № 910/20070/13 (25 лютого, 2014р.).

кінцевому випадку до їх остаточного розірвання. Це іноді називають «ядерною» опцією для вирішення спорів ДПП.

Стало більш очевидним, що проекти ДПП (довгострокові) вимагають також спрощених, швидших та дешевших механізмів для вирішення багатьох видів спорів, які виникають під час реалізації проекту.

4.2 Обов'язкове використання експертних рішень

У ряді країн стало загальноприйнятою практикою використання вузько спеціалізованих експертів для вирішення деяких питань і спорів, що виникають з угод ДПП, як правило, довгострокових. Це чисто договірний механізм: сторони домовляються, що, у разі неможливості вирішення спору, обирається експерт, який має знайти рішення проблеми, а сторони домовляються *заздалегідь* виконувати рішення експерта, як рішення, що було прописане сторонами в угоді. Якщо одна сторона не приймає рішення експерта, інша сторона може звернутися до суду для забезпечення виконання цього рішення таким же чином, як і при будь-якого порушенні договору.

Правові системи, що значно враховують волю сторін, виражену в договорі (наприклад, системи загального права) не мають особливих труднощів з цим методом. Є кілька спірних питань, але шляхи їх вирішення можна знайти. Наприклад, необхідно дуже чітко визначити, що експерт технічно не є "третейським суддею", оскільки в більшості країн конкретні закони регулюють процедуру арбітражу. Також можуть виникнути питання про те, чи може експерт вирішувати питання *правового характеру* на противагу від питань *факту*. Суди могли б вважати, що ці питання стосуються їх компетенції. Але якщо експерт розглядатиме лише вузьке коло технічних або фінансових питань, наприклад, тих, що включають вимір або визначення вартості, то багато правових систем не мають жодних проблем щодо експертних рішень.

Часто суперечки щодо проектів ДПП можуть виникнути через вартість деяких речей. Наприклад, штрафи можуть бути пов'язані з діяльністю компанії ДПП на основі об'єктивних показників («ключових показників ефективності» - «КПЕ»). Якщо є розбіжності щодо того, як компанія зазначає КПЕ, це ідеальний випадок, коли технічний експерт може втрутитися у вирішення спору, щоб розслідувати і прийняти рішення щодо правильного значення. Інший приклад - дещо складніший - визначатиме, як має бути скоригована плата за надані послуги (відповідно до договору) у відповідь на надзвичайну подію, або як мають бути визначені «припинення виплат», якщо один з випадків передбачається в договорі.

Коли виникає спір щодо таких детальних питань (і якщо немає спору щодо закону і немає істотних суперечок щодо *правових* аспектів тлумачення договору), то дійсно немає необхідності змушувати приймати позов до суд або в арбітражний суд. В кінцевому рахунку, суд або арбітражний суд прийматиме до уваги думку фахівців-експертів, тому що вони самі не мають необхідного досвіду.

Таким цікавим прикладом може слугувати одна з двох водних концесій в Манілі. У 1998 році, концесійна компанія приватного сектору подала позов проти державного органу до арбітражного суду, що складався з трьох членів. Розглядалося декілька

питань; важливим було визначити, що *ставка дисконтування* повинна використовуватися у фінансовій моделі для проекту, відповідно до умов концесійного договору, у якому не було зазначено належним чином, як саме визначити *ставку*. Кожна зі сторін залучила своїх консультантів з британської консалтингової фірми, щоб надати їм консультації і представити аргументи на користь відповідної сторони в арбітражному суді. Тоді сам арбітражний суд вирішив призначити експерта - австралійського професора фінансів - для надання допомоги щодо розуміння наданих сторонами аргументів та оцінки показань, представлених двома іншими експертами. Зрозуміло, що це питання мали вирішувати *експерти*. Якщо процедура призначення експертів буде прописана у концесійному договорі, це значно спростить процедуру розгляду спорів, збереже кошти та час сторін.

В угоді ДПП має досить докладно зазначатися процедура рішення експертів. Один з поширених способів – це прописати всі положення в угоді ДПП. Інший спосіб - це застосувати послуги авторитетної організації, яка опублікує свої правила для рішень експертів.² У такому випадку, в угоді ДПП можна робити посилання на ці інституціональні правила.

Положення (або ті, що містяться в самій угоді, або ті, що в правилах, опублікованих авторитетною організацією) повинні охоплювати багато питань, головними з яких є:

- Як сторона повинна ініціювати процес, якщо виник спір.
- Що сторони повинні робити, якщо вони не можуть домовитися щодо відповідного експерта. Наприклад, не може бути «компетентний орган», що представляє декілька імен для сторін, а потім процедура, що зазначатиме, як сторони голосуватимуть за експертів, щоб обрати єдиного кандидата.
- Як експерт повинен визначити точний обсяг рішень (висновків).
- Процедури, які регулюватимуть процес. Дуже важливо чітко зазначити, що експерт не зобов'язаний слідувати прописаним судовим процедурам належного розгляду справ. Загальна мета полягає в тому, щоб надати більше варіативності, аніж це дозволено під час судового розгляду справи або арбітражі. Тим не менш, важливо, зазначити деякі стандарти. Часто корисно включати такі формулювання: «Експерти мають працювати справедливо і неупереджено і забезпечити, що кожна сторона має можливість представити свої докази по справі».
- Форма рішення експерта, і чи необхідно включити пояснення щодо прийнятого рішення.
- Хто сплачуватиме витрати, пов'язані з експертами. Часто, сторони розподіляють вартість порівну.
- За яких умов сторона може звернутися до арбітражу для вирішення спору (або до суду) у разі, якщо сторона не згодна з рішенням експерта.

² Наприклад, Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ) визначила набір правил для експертних рішень.

Рішення експерта може бути здійснено з різним ступенем завершеності. Це залежить від того, що дозволено законодавством країни. Є дві спільні перспективи:

- (A) За однією з перспектив, можна стверджувати, що рішення експерта є обов'язковим і остаточним і не підлягає перегляду.
- (B) Відповідно до іншої перспективи, якщо потерпіла сторона не подає апеляцію до арбітражу чи суду вищої ланки), скажімо, протягом 30 днів, то таке рішення стає остаточним. Але в будь-якому разі, до тих пір, поки не буде прийнято рішення судом вищої інстанції, сторони повинні поважати і дотримуватися прийнятого рішення (тобто рішення є умовно *обов'язковим*, навіть, якщо не остаточним).

Досвід роботи з варіантом (B) показує, що, найчастіше, обидві сторони оцінюватимуть результат і вирішуватимуть, що не варто "передавати" це питання на розгляд на більш високому рівні – у разі, якщо це не є принципове питання, і сторони вкрай не задоволені рішенням, - а тому сторони не діятимуть і рішення стане остаточним. Це і є мета експертного рішення.

Також є третій варіант, за яким рішення матиме лише *консультативний* характер; будь-яка зі сторін може оскаржити його у суді вищої інстанції у будь-який час. Але застосування послуг експертів у такому випадку – може бути корисним, - але не є предметом цієї записки.

Рішення експерта зазвичай не використовується в Україні, і можна навіть очікувати антагоністичне ставлення з боку судової системи до таких рішень. Загальна думка українських юристів полягає у тому, що підхід (A), описаний вище, не використовуватиметься відповідно до законодавства України. Це буде розглядатися як спроба сторін забрати важелі українських судів для вирішення спорів. Необхідно внести ряд змін до українського законодавства, щоб зробити можливим застосування варіанту (A).

Підхід (B) може виявитися більш прийнятним, відповідно до якого сторонам надається певний період - скажімо, 30 днів - протягом якого вони можуть вирішити не приймати рішення експерта. Відсутність заперечень обох сторін протягом 30-денного періоду можна інтерпретувати, як мовчазну згоду між сторонами щодо прийняття рішення експерта, так, якби сторони внесли поправки до договору.

Деякі українські юристи вважають, що такий варіант працюватиме. Ймовірно, було б добре, чітко зазначити дане припущення в пункті угоди про експертне рішення, щоб заохочувати суд інтерпретувати результати цього пункту - наприклад: "Якщо жодна зі сторін не ініціює розгляд спору в арбітражі [*припускаючи, що відповідно до угоди арбітраж є механізмом вирішення спорів*], щоб врегулювати претензії щодо прийнятого експертом рішення протягом 30 днів після винесення такого рішення, вважатиметься, що сторони погодилися з рішенням експерта і відповідно оформили його як обов'язкову поправку до угоди.

Більше визначеності може надати Верховний суд, який може видати роз'яснення, яке підтверджуватиме достатність формулювання для створення діючої поправки до угоди.

Інші українські юристи, проте, вважають, що суди не розглядатимуть мовчання сторін, як погодження з рішення. Сторони повинні підписати заяву, погодившись вносити зміни до договору таким чином, що вони відповідатимуть рішенню, прийнятому експертом. Але це може суперечити меті: часто сторони набагато легше (психологічно і адміністративно) не реагувати на рішення, навіть, якщо вона знає, що її мовчання розглядатиметься як її згода щодо винесеного рішення.

5. ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ

Хоча і фізичні особи, і компанії дійшли згоди щодо письмово узгоджених деталей угод (чітке формулювання основних положень є надзвичайно важливим), основний сенс довготривалої угоди втрачається, якщо її умови не можна ефективно застосувати проти сторони, яка цю угоду порушує.

На даний момент, коли кінцевим механізмом вирішення спорів є українська судова система, сторони угоди ДПП майже зовсім не сподіваються на те, що їх права будуть захищені в суді. Це істотно збільшує ризик і є серйозною перешкодою як для приватного партнера, що готовий зробити значні інвестиції в проект ДПП, так і для банків, які готові кредитувати великі суми. Цей ризик у вирішенні спорів є важливим чинником, що стримує розвиток повноцінних проектів ДПП в Україні.

Умови для проектів ДПП із залученням *іноземних* інвестицій є дещо кращими, так як вони можуть скористатися положенням закону про міжнародний комерційний арбітраж. Але і вони потребують вдосконалення, як зазначено у розділі 2.2.

На даний час, проекти ДПП, до яких не залучені іноземні акціонери, взагалі не можуть бути визначені, як проекти з кращим досвідом; замість цього їх треба розглядати скоріше як «імпліцитні угоди» в залежності від забезпечення їх виконання та впливу за межами угоди.

Навіть якщо питання кінцевого вирішення спорів може бути вирішене, це не стосуватиметься механізмів вирішення більш специфічних технічних питань – йдеться про механізми, що розглядаються як особливо важливі для стабільності довгострокових домовленостей щодо ДПП та зазвичай використовуються в міжнародних угодах ДПП. Механізм “визначення експерта” та подібні механізми зазвичай рідко використовуються в Україні із-за наявності юридичних перешкод для їх прийняття.