Злоупотребление правами в арбитраже

Алеш Галич

Профессор, Люблянский университет(Словения)

Председатель Люблянского арбитражного центра при Торгово-промышленной палате Словении

Бишкек, 30 сентября 2022 г.

РЕГИОНАЛЬНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

«Арбитраж и медиация в Центральной Азии: становление, вызовы и пути решения»

Четыре категории злоупотреблений, связанных с арбитражем:

- **Злоупотребление обращением в арбитраж** как средство сокрытия и утаивания происхождения денег или получения другого неправомерного преимущества
- Злоупотребление арбитражем **«извне»** – использование судебного разбирательства для срыва арбитражного разбирательства
- **Злоупотребление правами <u>одной из стороной</u> в арбитраже**
- Злоупотребление правами со стороны **арбитра**

Категория № 1: Злоупотребление арбитражным процессом в целях:

- Арбитража, используемого как часть схемы по отмыванию денег;
- Обхода санкций или финансирования терроризма или коррупции или оказания неправомерного предпочтения кредиторам
- Препятствования эффективному доступу к правосудию путем возбуждения двух или более отдельных арбитражных разбирательств по одному и тому же делу.

- Арбитраж более уязвим к таким злоупотреблениям, чем государственные суды – конфиденциальность, назначаемые сторонами арбитры, контроль сторон над процедурой…
- В частности, это может представлять опасность, когда Стороны достигают мирового соглашения и просят арбитров вынести решение на согласованных условиях (Решение по согласию) или когда Стороны представляют свое соглашение, достигнутое еще до начала работы арбитров, и просят зафиксировать его в форме Решения.

Категория № 2: Злоупотребление арбитражем «извне»

- Иски в суды об аннулировании арбитражных соглашений или признании их недействительными
- Запреты на проведение арбитража
- Запретительные судебные приказы, касающиеся арбитров и адвокатов

В большинстве случаев адекватным решением является:

Принятие негативного аспекта доктрины, определяющей взаимосвязь двух компетенций: обеспечение того, чтобы арбитражный суд обладал правом «первого слова» в отношении действительности арбитражного соглашения. Например, такая практика применяется в Швеции, Швейцарии….

Но в Типовом законе ЮНСИТРАЛ этого недостаточно.

Категория № 3: Злоупотребление правами одной из сторон в арбитражном процессе

- Понятие злоупотребления правами включает случаи, когда право используется лишь для нанесения ущерба другой стороне или в целях, отличных от тех, для которых это право было предоставлено, или когда осуществление права несоразмерно первоначально намеченному результату.

- Более широкое понятие: любое использование права, отклоняющееся от требований принципа добросовестности, представляет собой злоупотребление правом.

Предварительные условия:

- наличие права
- Действие в формальных пределах права
- Осуществление права с целью, отличной от той, для которой оно предназначалось (возможные стандарты: вопреки добросовестности, неразумно, намерение причинить вред)

Смежные понятия в арбитраже

- Поведение и действия, которые можно считать законной тактикой в преследовании интересов клиента и, следовательно, законными (хотя и неприятными), но которые также могут быть неэтичными, незаконными или даже преступными?
- ПАРТИЗАНСКАЯ тактика
- Нарушение арбитражного законодательства и правил (в том числе правил процедуры, принятых арбитражным судом)
- Нарушение профессионального поведения
- Нарушение профессиональной этики

Арбитражные партизаны и партизанская тактика

«Это ответчики, которые не заинтересованы в том, чтобы играть по правилам, обычно потому, что у них невыгодное положение. Они будут пытаться использовать процессуальные нормы в своих интересах, стремясь затянуть слушания и (если у них появится такая возможность) в конечном итоге сорвать арбитраж, чтобы он стал безрезультатным или неэффективным».

Майкл Хванг (Сингапур), Книга друзей для Роберта Бринера, ICC, 2005 г.)

«Стратегии, используемые сторонами арбитражного разбирательства, которые являются нарушением этических норм, связаны с преступными действиями или представляют собой жесткую практику, граничащую с этическими нормами».

Гюнтер Хорват: Партизанская тактика в международном арбитраже (2013 г.)

Различия в правовых культурах и правовых традициях: примеры

- Агрессивный перекрестный допрос?
- Нераскрытие документов (по собственному побуждению), которые ухудшают собственную защиту или поддерживают позицию оппонента?
- Подготовка свидетеля?
- Адекватное возмещение свидетелю за «потраченное время» (превышающее расходы на проезд/проживание и упущенный заработок)?
- **Руководство МАЮ по представительству сторон в международном арбитраже**

Тактика проволочек

- Несвоевременная подача представлений
- Неисполнение процессуальных предписаний
- Многочисленные процессуальные ходатайства и необоснованные возражения даже по незначительным вопросам
- Обращение к новым вопросам, введение новых аргументов, фактов и доказательств в представлениях, которые должны были быть ограничены по объему (например, комментирование позиции другой Стороны, комментирование заключения эксперта, комментирование конкретного вопроса, поднятого арбитрами)
- Многочисленные ходатайства об отсрочках и продлении сроков
- Ссылки на трудности в общении с предполагаемыми свидетелями и экспертами
- Подача лишних документов, чтобы отнять время у адвоката противоположной стороны и у арбитражного суда.
- Безосновательные недобросовестные отводы

Более суровые примеры

- сокрытие доказательств до последней минуты арбитражного разбирательства, с тем чтобы у адвоката противоположной стороны не было достаточно времени для изучения доказательств и подготовки надлежащей защиты.
- представление новых доказательств с помощью экспертов и свидетелей
- предоставление неправильного перевода важных документов.

Злоупотребления, которые могут быть приравнены к уголовным преступлениям

- Запугивание свидетелей и арбитров
- Тайное наблюдение и тайная запись арбитров
- создание, поддержание или использование фальсифицированных, сфабрикованных, измененных или ложных показаний или доказательств

По каждому процессуальному ходатайству/возражению партизанская сторона будет ссылаться на принципы справедливого судебного разбирательства и угрожать отводом арбитрам и/или оспариванием арбитражного решения, если ее ходатайство будет отклонено.

- (a) правило, согласно которому к каждой стороне должно быть справедливое отношение;
- (b) правило, согласно которому каждой стороне должна быть предоставлена полная (или разумная) возможность представить свою позицию; и
- (c) правило, согласно которому каждая сторона имеет право на слушание дела, если она об этом просит

- Даже самые незначительные процессуальные решения будут представлены как вопрос о нарушении основных процессуальных прав, основания для оспаривания и нарушения публичного порядка.

Полная или разумная возможность быть заслушанным Каждая или соответствующая стадия разбирательства

- Право быть заслушанным является конституционной процессуальной гарантией, однако оно должно **соотноситься** с целями экономии средств и времени, а также предотвращения злоупотреблений.

- **«Паранойя справедливого судебного разбирательства»** — арбитры, осознавая, что их решение может быть отменено или не признано в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, если проигравшей стороне не было предоставлено право быть заслушанной или с ней несправедливо обошлись, могут попытаться свести к минимуму эту опасность, разрешив сторонам подавать в последнюю минуту представления по второстепенным вопросам, или принимать в качестве доказательств документы, не относящиеся к делу, или принимать к рассмотрению фактические представления и доказательства, представленные после установленных сроков.

- Однако в результате такого **чрезмерного внимания** к праву быть заслушанным арбитры часто пренебрегают своей текущей и в равной степени обязательной обязанностью по эффективному ведению арбитража.
-
- Апелляционный суд Сингапура (Jaguar Energy [2020] SGCA 12): право сторон быть заслушанными в арбитраже косвенно ограничивается соображениями разумности и справедливости.

Защита от партизанской тактики: заблаговременное начало рассмотрения дела и скорректированный стиль ведения разбирательства

Члены Арбитражного суда должны:

- с самого начала тщательно ознакомиться с делом. Это позволит ему определить соответствующие процессуальные меры и адаптировать их к специфике спора.
- установить как можно больше процессуальных правил (Первое процедурное постановление); на начальном этапе разбирательства обе стороны обычно (пока) настроены на сотрудничество с арбитражным судом.
- с самого начала четко определить, какое поведение будет приемлемым и неприемлемым в ходе разбирательства и каковы возможные санкции за его несоблюдение
- быть бдительными и осторожными, постоянно быть начеку (не рассчитывать на добросовестность адвоката-партизана)
- Следить за языком; постоянно обдумывать, не может ли сказанное ими быть использовано против них как основание для отвода, избегать соблазна реагировать на провокации

Подача необоснованных отводов в надежде, что ответ арбитра на отвод послужит поводом для нового, уже обоснованного отвода: прим

Перед закрытием,
Если этот так называемый отвод, а фактически ничем не обоснованная иррациональная и запугивающая инсинуация продолжится или будет возобновлена, это может быть квалифицировано как уголовное преступление, наказуемое в рамках национального уголовного суда и подлежащее доведению до сведения Коллегии адвокатов и ее дисциплинарных органов.

↑ Реакция со-арбитра на отвод

Второй отвод со стороны адвоката →
Результат: *Успешный отвод*

Ниже: Реакция председателя на отвод
: Неудачная попытка отвода ↓

Невозможно соотнести обвинение в том, что Ответчик действует «иррационально и запугивающе» и что он «воспользовался в своих интересах» Арбитражным судом с _____, который обязан оставаться беспристрастным и независимым по отношению ко всем Сторонам на протяжении всего арбитражного разбирательства. Угроза возбуждения уголовного дела в отношении Ответчика и его адвоката, если Ответчик поддержит отвод, явно несовместима с _____, который обязан оставаться беспристрастным и нарушает австрийский процессуальный порядок.

Я был и буду — если меня не отстранят — оставаться беспристрастным в этом арбитраже. Отвод как таковой не ведет к формированию каких-либо негативных предубеждений в отношении Стороны, которая его подала. Я верю, что это было сделано из добрых побуждений.

Санкции в отношении злоупотреблений:

- [….] Арбитражный суд [….] должен рассматриваться как орган, наделенный неотъемлемыми полномочиями, необходимыми для сохранения целостности своего собственного процесса […] стороны обязаны справедливо и добросовестно участвовать в арбитраже, и арбитражный суд обладает неотъемлемой юрисдикцией для обеспечения соблюдения этого обязательства;. Libananco Holdings Co. Limited против Турецкой Республики, Дело МЦУИС № ARB/06/8, Решение по предварительным вопросам, 23 июня 2008 г., п. 78
- Санкции должны быть соразмерными, разумными и предсказуемыми.

Дополнительно:

- Нарушения кодексов поведения могут быть доведены до сведения **Коллегии адвокатов** (какой именно?)
- Нарушения, приравниваемые к **уголовным преступлениям**: освобождение от обязанности соблюдать конфиденциальность

Комплекс (процессуальных) санкций за злоупотребление правами
Общие положения:

- Отнесение судебных расходов на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами

  *ст. 38(5) Арбитражного регламента ICC: Принимая решения о **расходах**, арбитражный суд может принять во внимание такие обстоятельства, которые он сочтет уместными, в том числе **степень, в которой каждая сторона провела арбитражное разбирательство в оперативном и экономически эффективном порядке.***
- Распоряжение об обеспечении расходов
- Извлечение неблагоприятных выводов
- Отказ от иска или возражения («если нет распоряжения»)**?**
- Отказ в принятии новых фактов и доказательств

*Пример положения в Первом процедурном постановлении: "В этих записках стороны должны **изложить все факты, доказательства и юридические аргументы, на которые они намерены опираться.** Факты, доказательства и юридические аргументы, представленные во **втором раунде представлений**, должны быть ограничены рассмотрением и ответами на вопросы, которые были изложены в первом раунде представлений и которые непосредственно связаны с ними. Арбитражный суд не принимает во внимание представления, не соответствующие вышеуказанным требованиям. В исключительных случаях, если Сторона продемонстрирует...*

Конкретные меры реагирования на конкретные случаи злоупотреблений

- Неправомерное позднее включение нового адвоката в команду юристов с целью поставить под угрозу независимость и беспристрастность арбитра: **запретить включение нового адвоката в команду**
- Ссылки на особенности национального законодательства одной из сторон при заявлении о недействительности добровольно заключенного и начавшего исполняться арбитражного соглашения (например, на особые правила о необходимых полномочиях для подписания арбитражного соглашения): **отклонить возражение**
- Злоупотребление корпоративной структурой (отдельными юридическими лицами) для сокрытия реальной стороны договора: **распространение арбитражного соглашения на не подписавшую сторону**
- Неуплата авансов по расходам (когда другая сторона, как правило, Истец также оплачивает долю Ответчика): **Временное постановление о возмещении авансов по расходам, уплаченных взамен нарушившей стороны:**

Категория № 4: Злоупотребления со стороны арбитров

- Нераскрытие информации об отношениях с одной из Сторон
- Контакты с одной из сторон в отсутствие другой стороны
- Утечка информации из заседаний/обсуждений Арбитражного суда
- Попытки сорвать и помешать процессу обсуждения «уход с заседаний, игнорирование электронных писем (в последующем утверждая, что они не были отправлены ему…)
- Уход в отставку на очень поздней стадии арбитража
- Принятие повторных (неоднократных) назначений, предложенных одной и той же стороной («Предвзятое отношение к постоянному участнику»?)
- Запугивание и неправомерное давление на других членов Арбитражного суда
- Коррупция