

Конфіденційність в арбітражі

№32, 10 серпня 2023



Владислав Капустинський,
юрист
AGA Partners



Євген Боярський,
старший юрист
AGA Partners

Головна стаття

Спеціальний трибунал для покарання злочину агресії проти України

Компетентна думка

Арбітражна угода як складова міжнародного комерційного арбітражу

Арбітражна угода та її основні умови. Арбітражне застереження

Медіація в контексті вирішення спорів

Актуально

Міжнародний суд ООН: роль у сучасному світі

Правові способи уникнення обмежень суверенного імунітету для стягнення російських державних активів за кордоном

Багато хто погодиться, що інформація в будь-якій своїй формі є одним із ключових елементів успішного ведення бізнесу. Зокрема, раптовий розвиток інформаційних технологій кинув виклик бізнесу, змусивши його адаптуватися до принципово нових реалій XXI століття.

Саме з огляду на ці фактори не лише глобальні корпорації, а й навіть невеликі стартап-компанії все частіше замислюються над збереженням конфіденційності своїх рішень, планів та й загалом будь-яких своїх дій від уваги ЗМІ та конкурентів, наскільки це можливо. Звісно, особливу увагу завжди приділяли вирішенню спорів, які можуть запламувати репутацію компанії, тим самим поставивши під питання її подальші прибутки, а інколи й саме існування.

Однією з принципових відмінностей міжнародного арбітражу від національних судів є конфіденційність. З огляду на наведені вище обставини саме цей принцип став одним з основних факторів, на який представники бізнесу звертають увагу перед тим, як включити арбітражне застереження у свої зовнішньоекономічні контракти.

Правове регулювання конфіденційності в міжнародному арбітражі

Вирішення спорів міжнародним арбітражем має консенсуальну природу, адже здійснюється на основі взаємної згоди сторін таких спорів. Таким чином, під час укладання арбітражного застереження чи арбітражної угоди сторони можуть прямо передбачити власні умови та обсяг конфіденційності, які діятимуть під час розгляду їх спору. Крім того, питання конфіденційності можна регулювати арбітражними правилами (для інституційного або ad hoc арбітражу), які обрали сторони. Далі вимоги конфіденційності можуть бути встановлені і в національному законодавстві країни місцезнаходження міжнародного арбітражу.

Перед тим, як перейти до аналізу регулювання принципу конфіденційності в міжнародному арбітражі у світі, варто зазначити про той факт, що в більшості національних законодавств цей принцип залишається нерегульованим до цього часу. В окремих країнах діє так званий *implied duty*, тобто не передбачений прямо обов'язок сторін дотримуватися конфіденційності в арбітражі, який сформовано судовою практикою у другій половині XX століття. Зокрема, у справах "*Dolling-Baker v Merrett*" від 1990 року та "*Hassneh Insurance Co of Israel & Ors v Steuart J Mew*" від 1993 року англійські суди вказали, що зобов'язання про конфіденційність випливає з приватного характеру арбітражу, а також базується на звичаях і діловій практиці. Цим рішенням передувала така сама позиція, яку в 1986 році зайняв французький суд у справі "*Aïta v. Ojeh*".

Трохи пізніше цілком протилежну думку стосовно цього питання висловили у 2000 році Верховний суд Швеції у справі "*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v A.I. Trade Finance Inc*" та в 1995 році Високий суд Австралії у спорі "*Esso Australia Resources Ltd v Plowman*". Обґрунтовуючи свою правову позицію, ці суди виходили з відсутності в арбітражному законодавстві їх країн згадки про принцип конфіденційності. Крім того, сторони цих спорів в арбітражних застереженнях не закріпили додаткових умов про конфіденційність. З огляду на це згадані суди дійшли цілком логічного висновку про відсутність обов'язку дотримання конфіденційності в арбітражі в тих випадках, коли його прямо ніде не закріплено. На нашу думку, саме ці рішення поклали початок для дискусії щодо доцільності закріплення принципу конфіденційності в арбітражі.

Варто зазначити, що ані Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж від 1985 року, ані Конвенція ООН про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень від 1958 року не встановлюють жодних вимог до конфіденційності арбітражного процесу чи окремих його елементів. Щодо національних законодавств, зокрема й України, то в більшості з них також відсутні згадки про конфіденційність в арбітражному процесі. Одні з небагатьох юрисдикцій, які в цьому плані є на крок попереду, – це юрисдикції Нової Зеландії та Гонконгу. Зокрема, Закон "Про Арбітраж" Нової Зеландії прямо встановлює у статтях 14А та 14В, що арбітражні розгляди потрібно проводити в закритому режимі з поширенням на них конфіденційності. Попри це, відповідно до статті 14F цього Закону будь-який судовий розгляд, пов'язаний з арбітражним провадженням, зазвичай має бути відкритим і на нього конфіденційність не поширюється.

Закон України "Про міжнародний комерційний арбітраж" не містить норм про конфіденційність арбітражного розгляду. Натомість це питання врегульовано Регламентом Міжнародного комерційного арбітражного суду (МКАС) при ТПП України, у статті 68 якого закріплено: "*Якщо сторони не домовилися про інше, розгляд справ та інша пов'язана з ними діяльність МКАС є конфіденційною. Якщо сторони не домовилися про інше, склад Арбітражного суду та сторони повинні зберігати конфіденційність будь-якого документа, поданого стороною або особою, яка не є стороною арбітражного розгляду, і недоступного у відкритих джерелах*".

Аналогічні за змістом положення містяться в правилах багатьох міжнародних арбітражних інституцій, наприклад, у статті 44 Швейцарських правил міжнародного арбітражу та у статті 30 Правил Лондонського міжнародного третейського суду. Своєю чергою, більш загальне визначення обсягу конфіденційності встановив Арбітражний регламент Арбітражного інституту при Стокгольмській торгово-промисловій палаті, який у статті 3 містить обов'язок збереження конфіденційності "*арбітражного розгляду та арбітражного рішення*".

Обсяг конфіденційності

Загалом обсяг інформації та коло осіб, на яких поширюється принцип конфіденційності в арбітражі, певною мірою є схожим у всіх юрисдикціях. Для прикладу, у додатку до Правил арбітражу Міжнародного арбітражного суду ІСС визначено таке:

- 1) засідання суду є відкритими лише для його членів та секретаріату;
- 2) документи, подані до суду або складені ним чи секретаріатом під час провадження у суді, повідомляються лише членам суду, секретаріату та особам, уповноваженим головою суду бути присутніми на засіданнях суду;
- 3) дозвіл на ознайомлення не надається, якщо допущена особа не взяла на себе зобов'язання поважати конфіденційний характер наданих документів.

Іншим прикладом є стаття 30 правил Лондонського міжнародного третейського суду та стаття 39 Арбітражного регламенту Сінгапурського міжнародного арбітражного центру, які вимагають дотримання такого самого зобов'язання конфіденційності від усіх без винятку залучених до провадження осіб – уповноважених представників, свідків, експертів, секретарів, перекладачів тощо. Водночас Швейцарські правила міжнародного арбітражу встановлюють, що обов'язок конфіденційності поширюється лише на сторін, експертів, секретарів, арбітрів та членів ради директорів Швейцарського арбітражного центру.

Не є винятком і Регламент МКАС при ТПП України, який згідно зі статтею 68 поширює дію принципу конфіденційності на арбітрів, сторін, доповідачів, експертів та працівників Торгово-промислової палати України.

Варто згадати, що в усіх юрисдикціях конфіденційністю захищені обговорення та наради трибуналу.

Водночас деякі міжнародні арбітражні інституції закріплюють порівняно більш вузьке коло осіб, на яких поширюється обов'язок конфіденційності. Для прикладу, Кодекс практики для арбітрів Федерації асоціацій торгівлі олійними культурами, насінням і жирами встановлює: *"Справи є конфіденційними як між сторонами, так і між трибуналами та арбітрами, і арбітри не повинні обговорювати або розголошувати інформацію про свої справи в цілому або про конкретні справи"*.

Дозволені винятки порушення конфіденційності арбітражу

Що стосується винятків, то залежно від країни місця проведення арбітражу вони можуть змінюватися, але за своєю суттю залишаються схожими. Загалом серед ситуацій, у яких можна відійти від обов'язку дотримання конфіденційності міжнародного арбітражу, англійський суд у справі *"Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir"* від 1998 року навів такі випадки:

- 1) надання згоди стороною, яка надавала конфіденційну інформацію арбітражу;
- 2) рішення суду, яке прямо зобов'язує оприлюднити документи, отримані в процесі арбітражу, для цілей подальшого судового розгляду;
- 3) дозвіл арбітражу;
- 4) розкриття інформації в тому обсязі, у якому це є розумно необхідним для захисту законних інтересів сторони арбітражного розгляду;
- 5) коли "суспільний інтерес" вимагає розкриття інформації.

Натомість в Україні винятки до принципу конфіденційності передбачено в статті 21 Закону України "Про інформацію", згідно з якою до конфіденційної не може бути віднесено таку інформацію:

- 1) про стан довкілля, якість харчових продуктів і предметів побуту;
- 2) про аварії, катастрофи, небезпечні природні явища та інші надзвичайні ситуації;
- 3) про стан здоров'я населення, його життєвий рівень, включаючи харчування, одяг, житло, медичне обслуговування та соціальне забезпечення;
- 4) про факти порушення прав і свобод людини;
- 5) про незаконні дії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб;
- 6) інші відомості, доступ до яких не може бути обмежено відповідно до законів та міжнародних договорів України.

Окремо, згадана стаття 21 Закону встановлює заборону на конфіденційність відомостей, які стосуються діяльності державних та комунальних унітарних підприємств, господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі або територіальній

громаді, а також господарських товариств, 50 і більше відсотків акцій (часток) яких належать господарському товариству, частка держави або територіальної громади в якому становить 100 відсотків і які підлягають обов'язковому оприлюдненню відповідно до закону.

Доведення порушення конфіденційності

У цілому ж питання дотримання принципу конфіденційності в арбітражі не відрізняється від його дотримання в інших видах правовідносин. Зокрема, в Україні, як і загалом у практиці інших країн, під час обґрунтування скарг чи позовів про порушення конфіденційності недостатньо довести лише наявність такого обов'язку у відповідача. Сторона, конфіденційність якої було порушено, для стягнення збитків повинна також продемонструвати, що (1) розкрита інформація була конфіденційною, (2) згода потерпілого на розкриття була відсутня, (3) порушенням було спричинено збитки в конкретному розмірі, а що більш важливо, (4) між порушенням та завданими збитками наявний причинно-наслідковий зв'язок. Зважаючи на складність і специфіку доведення всіх зазначених елементів у діях порушника, стає зрозумілим, що відшкодування збитків за порушення конфіденційності, а тим більше їх оцінка є геть не простим завданням.

Загалом практика укладення угод про конфіденційність (що не пов'язана з арбітражними процесами) демонструє, що сторони все частіше передбачають конкретні запобіжні заходи в разі порушення конфіденційності. Прикладом таких заходів може бути прямо закріплений в договорі розмір штрафу, який підлягатиме сплаті іншою стороною, якщо недотримано встановлених умов конфіденційності.

Оскільки в арбітражних регламентах і правилах окремо не акцентовано увагу на відповідальності за порушення конфіденційності, то можливим є пряме визначення сторонами санкцій за недотримання таких умов в арбітражних угодах та/або арбітражних застереженнях. Особливо актуальною така норма є для представників бізнесу, для яких конфіденційність інформації є наріжним каменем їх комерційної діяльності.

ВИСНОВОК:

Як можна побачити, принцип конфіденційності є одним з основних принципів міжнародного арбітражу. Разом із тим у різних державах існують різні підходи до джерел походження обов'язку конфіденційності, що обов'язково потрібно брати до уваги під час укладення арбітражної угоди/застереження та вибору країни місцезнаходження арбітражу. Крім того, неоднаковим є й суб'єктний обсяг обов'язку конфіденційності, який передбачено окремо кожними правилами міжнародних арбітражних інституцій.

Загалом, сьогодні міжнародні арбітражні інституції, усвідомлюючи свої об'єктивні переваги над національними судами, а також конкуренцію з іншими інституціями, більш конкретно й чітко врегульовують питання конфіденційності. Водночас на рівні національних правових систем ситуація є іншою. Незважаючи на окремі судові рішення, на законодавчому рівні більшість країн світу не поспішають остаточно закріпити принцип конфіденційності в міжнародному арбітражі.

У будь-якому разі актуальним залишається питання притягнення до відповідальності осіб, винних у розголошенні конфіденційної інформації, зокрема встановлення розміру завданих цим збитків. Саме з огляду на це задля забезпечення належного виконання зобов'язань щодо конфіденційності слід розглядати варіант унесення відповідних положень у текст арбітражної угоди/застереження між сторонами.

© ТОВ "ІАЦ "ЛІГА", ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2023

У разі цитування або іншого використання матеріалів, розміщених у цьому продукті ЛІГА:ЗАКОН, посилання на ЛІГА:ЗАКОН обов'язкове. Повне або часткове відтворення чи тиражування будь-яким способом цих матеріалів без письмового дозволу ТОВ "ЛІГА ЗАКОН" заборонено.

© ТОВ "Інформаційно-аналітичний центр "ЛІГА", 2023

© ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2023