**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ УКРАИНЫ**

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ: ВЫЗОВЫ СОВРЕМЕННОСТИ

Сборник статей и докладов

***К 25-летию деятельности МКАС
при ТПП Украины и развития международного
коммерческого арбитража в Украине***

Киев – 2017

УДК 341.63-027.563(082)
М58

Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности. Сборник статей и докладов. К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине. – К.: 2017. – 256 с.

Настоящий сборник подготовлен к 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развитию международного коммерческого арбитража в Украине. В него включены как представленные авторами к этому событию статьи, так и доклады участников IV Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И. Г., в которых освещаются актуальные теоретические и практические вопросы современного международного коммерческого арбитража в Украине и за рубежом.

Статьи и доклады изложены на том языке (русском или английском) и в том виде, как их представили авторы. Для удобства читателей оглавление приведено на двух языках.

Сборник будет полезен практикующим юристам, судьям государственных и третейских судов, арбитрам международных арбитражных институтов, специалистам в сфере внешнеэкономической деятельности и международного арбитража, научным работникам, преподавателям и студентам юридических вузов.

ISBN 978-966-97682-0-9

© МКАС при ТПП Украины, 2017
© Авторы статей, 2017

ОГЛАВЛЕНИЕ

Н. Ф. Селивон *(Украина).* МКАС при ТПП Украины: 25 лет эффективной деятельности в соответствии с мировыми стандартами 7

У. Э. Батлер *(США/Великобритания).* Двусторонние инвестиционные договоры и юридический перевод *(на английском языке)* 24

С. Вилске *(Германия).* Разве международный арбитраж все еще находится в этически нейтральной зоне? – И не надейтесь! *(на английском языке)* 29

Е. В. Блинов, В. О. Мазуренко *(Украина).* Отказ от права на оспаривание арбитражного решения: сравнительно-правовой аспект 47

М. Васильевич, А. Чирич *(Сербия).* Арбитражное соглашение и доктрина«компетенции-компетенции»: современные тенденции . . . 57

С. А. Войтович *(Украина).* Исковая давность в спорах между инвестором и государством *(на английском языке)* 74

С. Гришко *(Украина).* Гибридные арбитражные оговорки: взгляд с Днепра *(на английском языке)* 82

Р. Иванова *(Болгария).* Арбитражное соглашение и замена стороны в обязательстве, действительность арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали 86

В. И. Кисиль *(Украина).* Публичный порядок и оговорка о публичном порядке: теория и практика *(на английском языке)* 96

А. А. Кот *(Украина).* Арбитражное соглашение и изменение субъектного состава обязательства 108

Л. Лехтинен *(Финляндия).* Исключение применения Венской Конвенции оговоркой о применимом праве 114

Р. А. Майданик *(Украина).* Выбор применимого права к договору по законодательству Украины и Европейского Союза . . . 118

М. М. Мальский *(Украина).* Институт признания и исполнения решений международного коммерческого арбитража в транснациональном праве 144

Д. Марчуков, А. Власенко *(Украина).* Украина на пороге реформы процессуального законодательства, регулирующего признание и предоставление разрешения на принудительное

исполнение иностранных арбитражных решений: станет лучше или как всегда? 152

Н. Мельников, А. Чеботаренко *(Украина).* Неправильная арбитражная оговорка может привести к неисполнению выигрышного решения *(на английском языке)* 156

Н. Мирошниченко, А. Пташенчук *(Украина).* Арест имущества нерезидента при исполнении решений иностранных судов и арбитражей в Украине 160

Н. Петрик *(Швеция).* Разработка нового шведского Закона об арбитраже 165

Я. Петров, А. Ткачева, Е. Сичковская *(Украина).* О тенденциях исполнения арбитражных решений МКАС в Украине и за рубежом 175

К. Н. Пильков *(Украина).* Психологические аспекты арбитража 186

О. П. Подцерковный *(Украина).* К вопросу о юрисдикции международного коммерческого арбитража в Украине 194

Ю. Д. Притыка *(Украина).* Формирование доктрины арбитрабильности в украинском праве. 205

Т. В. Слипачук *(Украина).* Перекрестный опрос свидетеля в международном арбитражном процессе: как к нему готовиться и как проводить 215

А. Сотир, С. Теплюк *(Украина).* Соответствие арбитражных решений МКАС публичному порядку *(на английском языке)* 223

А. Ф. Храпуцкий *(Беларусь).* Имплементация принципов инквизиционного процесса арбитражем как механизм сокращения его сроков и стоимости 232

Ю. С. Черных *(Украина).* Толкование контрактов: материально-правовые и процессуальные аспекты 237

В. Яремко *(Украина).* Особенности рассмотрения строительных споров в международном коммерческом арбитраже 247

Для заметок 251

CONTENTS

M. Selivon *(Ukraine).* ICAC at the UCCI: 25 years of effective activity in accordance with world standards *(in Russian)* 7

W. E. Butler *(USA/United Kingdom).* Bilateral investment treaties and legal translation. 24

S. Wilske *(Germany).* Does international arbitration still dwell in an ethical no man's land? – Some hope!. 29

E. Blinov, V. Mazurenko *(Ukraine).* Waiver of the right to recourse against an arbitral award: a comparative legal aspect *(in Russian)* 47

M. Vasiljevic, A. Cirić *(Serbia).* Arbitration agreement and the "competence-competence" doctrine: current trends *(in Russian)* 57

S. A. Voitovich *(Ukraine).* Limitation period with respect to investor-state claims 74

S. Gryshko *(Ukraine).* Hybrid arbitration clauses: aview from the Dnipro. 82

R. Ivanova *(Bulgaria).*Arbitration agreement and replacement of the party in obligation, the effect of the arbitration agreement on non-signatories *(in Russian)* 86

V. I. Kisil *(Ukraine).* Public policy and public policy clause: theory and practice 96

A. Kot *(Ukraine).* Arbitration agreement and change in the subject matter of the obligation *(in Russian).* 108

L. Lehtinen *(Finland).* Exclusion of the application of the Vienna Convention by a choice-of-law clause *(in Russian)* 114

R. Maidanyk *(Ukraine).* Choice of the law applicable to the treaty under the legislation of Ukraine and the European Union *(in Russian)*. 118

M. Malskyy *(Ukraine).* Institute ofrecognition and enforcement of awards of international commercial arbitration in transnational law *(in Russian)* 144

D. Marchukov, A. Vlasenko *(Ukraine).* Ukraine on the verge of reforming the procedural legislation governing the recognition and granting of permission for the enforcemen

of foreign arbitral awards: will it become
better or as always? *(in Russian)* 152

N. Melnykov, A. Chebotarenko *(Ukraine).* Wrong arbitration
clause can bring in winning award lie waste 156

N. Miroshnichenko, A. Ptashenchuk *(Ukraine).*
Arrest of non-resident property in execution of decisions
of foreign courts and arbitration in Ukraine *(in Russian)* 160

N. Petrik *(Sweden).* Development of a new Swedish
Arbitration Law *(in Russian)* 165

Y. Petrov, A. Tkachova, E. Sichkovskaya *(Ukraine).*
On the tendencies of enforcement of arbitral awards
of the ICAC in Ukraine and abroad *(in Russian)* 175

K. N. Pilkov *(Ukraine).* Psychological aspects of arbitration
(in Russian) 186

O. P. Podtserkovny *(Ukraine).* On the issue of the jurisdiction
of international commercial arbitration in Ukraine
(in Russian) 194

Y. D. Prytyka *(Ukraine).* Formation of the doctrine
of arbitrability in the Ukrainian law *(in Russian)* 205

T. V. Slipachuk *(Ukraine).* Cross-examination of the witness
in the international arbitration process: how to prepare for
it and how to conduct it *(in Russian).* 215

A. Sotir, S. Tepliuk *(Ukraine).* Congruence
of ICAC arbitral awards with the public policy 223

A. F. Khrapoutski *(Belarus).* Implementation of the principles
of the inquisition process by arbitration as a mechanism
to reduce its time and cost *(in Russian)* 232

Y. Chernykh *(Ukraine).* Interpretation of contracts: substantive
and procedural aspects *(in Russian)* 237

V. Yaremko *(Ukraine).* Peculiarities of the consideration
of construction disputes in international commercial
arbitration *(in Russian)* 247

For notes 251

МКАС ПРИ ТПП УКРАИНЫ: 25 ЛЕТ ЭФФЕКТИВНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СООТВЕТСТВИИ С МИРОВЫМИ СТАНДАРТАМИ

Н.Ф. Селивон[1]

10 июня 2017 года исполнилось 25 лет со дня, когда Президиум Торгово-промышленной палаты своим решением создал Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины. МКАС уже четверть века остается независимым и самостоятельным арбитражным институтом в Украине, который рассматривает внешнеэкономические споры, и за это время приобрел признание юридической и бизнес общественности как компетентный и беспристрастный суд, а также входит в число наиболее значительных и авторитетных арбитражных центров Восточной и Центральной Европы.

В широком контексте развитие альтернативных способов разрешения споров можно рассматривать как показатель состояния демократии и правового государства, поскольку именно через арбитраж и другие негосударственные юрисдикционные институты по рассмотрению споров реализуется свобода договора и автономия воли его сторон в выборе способа защиты своих нарушенных прав и интересов. Если лицу, будь-то физическому или юридическому, предоставлено право выбирать способ защиты своих прав между государственными институтами, прежде всего судом, и негосударственными формами разрешения споров, и это право реализуется лицом путем свободного волеизъявления и не обставляется различными условиями, есть основания утверждать о достижении гражданским обществом, прежде всего, в экономической сфере, соответствующего уровня развития и свободы.

Создание первого в истории Украины институционального международного коммерческого арбитража почти совпало с обретением независимости Украиной как государством. Ранее в Украине не образовывались и объективно не могли быть образованы международные арбитражные институты. Причиной тому была существующая в СССР монополия внешней торговли, право заниматься которой имели только специально созданные общесоюзные внешнеторговые объединения и организации. Это обусловливало и создание арбитражных учреждений только на союзном уровне.

Принятием закона «О внешнеэкономической деятельности» от 16 апреля 1991 года были устранены препятствия и созданы предпосылки для функционирования международного арбитража в Украине. Закон закрепил принцип свободы внешнеэкономического предпринимательства, сущность которого заключается в праве всех субъектов хозяйственной деятельности вступать во внешнеэкономические связи и осуществлять их в любых формах, которые

---

[1] **Николай Федосович Селивон** – Председатель МКАС и МАК при ТПП Украины. Заслуженный юрист Украины, академик Национальной академии правовых наук Украины, профессор, кандидат юридических наук, член Постоянной Палаты Третейского Суда от Украины в Гааге, Чрезвычайный и Полномочный Посол.

прямо не запрещены законом. Тем самым была предоставлена возможность предприятиям и организациям всех форм собственности и гражданам активно участвовать в международном экономическом сотрудничестве, что, с необходимостью, влечет возникновение между сторонами внешнеэкономических контрактов (договоров) разногласий, споров, требующих разрешения, в том числе и путем арбитража. Поэтому не случайно Верховная Рада – парламент страны – в постановлении о введении в действие указанного закона предложила Торгово-промышленной палате Украины создать внешнеэкономический третейский суд.

Эта рекомендация указывает, во-первых, на то, что Украина, в лице единственного органа законодательной власти, восприняла международный арбитраж как один из эффективных способов решения внешнеэкономических споров и, во-вторых, что украинское государство стремилось, в условиях либерализации внешнеэкономической деятельности, создать предпосылки для паритетного решения споров между резидентами и нерезидентами. То есть изначально Украина как государство пыталась создать благоприятные условия для арбитража.

Правовой основой такой политики украинского государства является конституционное положение о том, что каждый имеет право любыми не запрещенными законом способами защищать свои права и свободы от нарушения и противоправных посягательств (часть пятая статьи 55 Конституции Украины). К этим способам, как правило, относится и обращение в арбитраж или третейский суд.

Указанное положение Конституции Украины в системной связи с положениями о праве каждого на предпринимательскую деятельность и использование своих способностей и своего имущества для такой деятельности (статьи 41 и 42 Конституции Украины) создают конституционные основы функционирования в Украине арбитражного (третейского) разбирательства гражданско- и хозяйственно-правовых споров, в основе которых лежит свобода договора и автономия воли его сторон.

Развивая конституционные основы третейского судопроизводства, Конституционный Суд Украины в решениях от 24 февраля 2004 г. №3-рп/2004 и от 10 января 2008 года №1-рп/2008 высказал ряд правовых позиций, которые имеют доктринальное значение для дальнейшего развития арбитражного (третейского) разбирательства в нашем государстве.

Во-первых, подтверждено, что право сторон гражданско- или хозяйственно-правового спора на его передачу в арбитраж (третейский суд) основывается на цитируемых выше конституционных положениях.

Во-вторых, арбитражи (третейские суды) – являются институтами гражданского общества, и в этом качестве выполняют социально значимые функции, однако имеют частноправовую природу, не осуществляют правосудие и не входят в систему органов судебной власти Украины.

В-третьих, предоставление права сторонам спора свободно и по своему усмотрению обращаться за его разрешением в государственный суд (суд общей

юрисдикции, хозяйственный суд) или выбрать альтернативную форму защиты своих прав и обратиться в арбитраж (третейский суд) не может рассматриваться как нарушение конституционного права на судебную защиту. Стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение арбитража (третейского суда) и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно соглашаются подчиняться правилам, установленным для конкретного арбитража.

В-четвертых, право на судебную защиту при обращении в арбитраж обеспечивается, с учетом такого обращения, возможностью обращения в предусмотренных законом случаях в государственный суд путем подачи ходатайства об оспаривании решения арбитража или о выдаче исполнительного документа на принудительное исполнение арбитражного решения.

В-пятых, возможность передачи государством на рассмотрение арбитража споров сторон в сфере гражданских и хозяйственных правоотношений основывается не только на национальном, но и международном праве, в частности, международных договорах, членом которых является Украина. Европейский суд по правам человека при применении соответствующих положений статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод во многих решениях, в том числе и против Украины, также исходит из того, что обращение в третейский суд является правомерным, если отказ от услуг государственного суда состоялся путем свободного волеизъявления сторон.

Реализуя вышеуказанную рекомендацию парламента, Президиум ТПП Украины, как уже отмечалось, своим решением от 10 июня 1992 создал Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП Украины и утвердила его Регламент.

11 августа 1992 председателем МКАС было назначено академика Академии правовых наук Украины, доктора юридических наук, профессора Игоря Гавриловича Побирченко, который фактически со дня основания МКАС в течение 18 лет руководил арбитражным институтом, и именно благодаря его усилиям МКАС стал авторитетным и узнаваемым в мире. С начала своей деятельности и до сих пор МКАС руководствуется его жизненными принципами, такими как высокий профессионализм, кристальная честность, беспристрастность, объективность, борьба за справедливость. И.Г. Побирченко не только содействовал становлению международного арбитража в Украине и законодательному регламентированию его деятельности, но и на многие годы вперед определил необходимые векторы развития арбитражных институтов – постоянное совершенствование организационного, кадрового и правового оформления деятельности суда, проведение мероприятий по популяризации арбитража среди субъектов внешнеэкономической деятельности и юридического сообщества, развитие международных связей и сотрудничества с иностранными арбитражными институтами.

Кроме этого, субъективного фактора, был еще ряд объективных факторов, которые способствовали быстрому становлению международного коммерческого арбитража в Украине. Как уже указывалось – это проарбитражная

политика государства, которая реализуется, прежде всего, по двум основным направлениям: законодательной регламентации статуса и деятельности арбитражных институтов и осуществления функций содействия и контроля в сфере арбитража.

Что касается первого направления, следует отметить, что арбитражу повезло: Украина как член ООН еще в начале 60-х годов прошлого столетия подписала два основополагающих международных договора в сфере международного коммерческого арбитража и ратифицировала их: 22 августа 1960 года – Конвенцию ООН о признании и исполнении иностранных арбитражных решений и 25 января 1963 года – Европейскую Конвенцию о внешнеторговом арбитраже. Указанные Конвенции были ориентиром для законодателя при принятии актов законодательства в сфере арбитража.

Пунктом 5 вышеупомянутого решения Президиума ТПП Украины от 10 июня 1992 года было предусмотрено утверждение проекта Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» и направление указанного проекта в Верховную Раду Украины. Долгое время на государственном уровне велись споры о целесообразности принятия указанного Закона, но благодаря активному участию И.Г. Побирченко в обсуждении в комиссиях Верховной Рады Украины и его авторитету 24 февраля 1994 был принят Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже». В качестве приложения к №1 к данному Закону было принято Положение о МКАС при ТПП Украины, которое является основополагающим в работе суда. Следует отметить, что Закон «О международном коммерческом арбитраже» полностью воспроизводит текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. Такое правовое поле Украины позволяет арбитражным институтам функционировать в соответствии с международными стандартами, закрепляет демократические принципы организации арбитража и осуществления арбитражного разбирательства.

Согласно указанному Положению МКАС является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением при ТПП Украины, которое осуществляет свою деятельность в соответствии с Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже». Торгово-промышленная палата Украины не вмешивается в деятельность МКАС, а лишь способствует его деятельности, утверждает Регламент МКАС, порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и других расходов. Содействие Торгово-промышленной палаты Украины проявляется также в утверждении рекомендательного списка арбитров, предоставлении материально-технического обеспечения и в назначении Президентом ТПП Украины арбитров по конкретным делам в случаях, когда одна или другая сторона уклоняется от выбора арбитра или напрямую обращается с такой просьбой, а также в окончательном разрешении вопросов относительно заявленных арбитрам отводов. Необходимо отметить, что все вопросы, отнесенные к ведению Президента ТПП Украины, решаются оперативно и безупречно.

В соответствии с положениями Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» МКАС при ТПП Украины по соглашению сторон разрешает:

– споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, в том числе и споры при участии физических лиц, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей;

– споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Украины, между собой, споры между их участниками, а также их споры с другими субъектами права Украины;

– споры, отнесенные к его юрисдикции в силу международных договоров Украины.

Примечательно, что законодатель в статье 2 указанного Закона при определении терминов и правил их толкования предусмотрел, что термин «коммерческий» толкуется наиболее широко и охватывает вопросы, возникающие из всех отношений торгового характера, – как договорных так и не договорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или оказании услуг или обмен товарами или услугами; соглашения о разделе, торговое представительство; факторные операции; лизинг; инжиниринг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; купля-продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозки товаров и пассажиров воздухом, морем, железнодорожными и автомобильными путями.

В последнее время в связи с усложнением форм внешнеэкономической деятельности появляется все больше разнообразных и сложных споров, а также увеличивается доля споров между исключительно иностранными предприятиями и споров, рассматриваемых на иностранных языках.

Анализ положений Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», а также Гражданского процессуального кодекса Украины и Хозяйственного процессуального кодекса Украины указывает на то, что законодательством Украины воспринята частноправовая концепция арбитража, характеризующаяся ограниченным влиянием государства на арбитражный процесс и принятое арбитражное решение. В частности, решение арбитража не может быть пересмотрено государственным судом по существу, а контроль над арбитражным рассмотрением главным образом перенесен на стадию оспаривания и стадию исполнения решения. Причем законы содержат исчерпывающий перечень оснований для принятия государственным судом определения об отмене или отказе в принудительном исполнении решений международного арбитража.

Важными для улучшения проарбитражного климата в Украине были принятые 3 февраля 2011 года два Закона Украины о внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный и Хозяйственный процессуальный

кодексы Украины, которыми урегулирован порядок обжалования и исполнения решений третейских судов и международного арбитража. Прежде всего, следует отметить, что этими законами, наконец, была разграничена компетенция хозяйственных судов и судов общей юрисдикции по исполнению решений МКАС и других международных арбитражей, местонахождение которых в Украине. Согласно изменениям, хозяйственные суды рассматривают только дела об обжаловании и выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, рассматривающих внутренние споры. Оспаривание и принудительное исполнение решений МКАС, МАК, а также признание и принудительное исполнение решений иностранных международных арбитражных институтов рассматривается местными судами общей юрисдикции.

В последнее время, с целью улучшения проарбитражного и инвестиционного климата в Украине, появился ряд законопроектов по внесению изменений в процессуальное законодательство, направленных на совершенствование правового регулирования в сфере международного коммерческого арбитража. Так, 31 марта 2016 года в Верховной Раде Украины был зарегистрирован законопроект 4351 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно вопросов судебного контроля и поддержки международного коммерческого арбитража», разработанный группой народных депутатов Украины и практикующих в сфере арбитража юристов.

Советом по вопросам судебной реформы подготовлен и 23 марта 2017 года направлен Президентом Украины законопроект №6232 «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и другие законодательные акты», который принят в первом чтении и есть все основания предполагать, что осенью 2017 года он будет принят и введен в действие.

Значение этого закона чрезвычайно велико, ведь речь идет о реформировании всего процессуального законодательства как составляющей реформы судебной ветви власти.

Одной из целей этого закона является обеспечение должного развития альтернативных способов разрешения споров, в частности международного арбитража и третейских судов, поддержка и содействие этим негосударственным юрисдикционнным институтам.

Нельзя не приветствовать такие позитивные начинания. Изменения процессуального законодательства Украины относительно арбитража касаются, в частности следующего.

1. Задекларирована проарбитражная политика государства по развитию альтернативных способов разрешения споров и международного коммерческого арбитража в частности. Эта политика проявилась во многих новеллах законопроекта, о чем идет речь ниже. Однако хотелось бы отдельно выделить норму части второй статьи 22 проекта ГПК и части третьей статьи 23 проекта ГПК, которая показательна для оценки государственной политики и окончательная

редакция которой далась путем длительных дискуссий и компромиссов как с разработчиками проекта, так и в Верховной Раде Украины: любые неточности в тексте соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда, международного коммерческого арбитража и (или) сомнения относительно действительности, силы и выполнимости должны толковаться судом в пользу ее действительности, силы и исполняемости.

2. Как известно, с 2005 года выполнение функций содействия и контроля в отношении международного коммерческого арбитража, в частности рассмотрение ходатайств об отмене арбитражного решения и его принудительном исполнении, было возложено на низовое звено судов общей юрисдикции, что создавало определенные проблемы с качеством судебных решений по этим вопросам, с формированием единой судебной практики и, с учетом апелляционного и кассационного обжалования, уходило много времени (до нескольких лет) для принятия окончательного судебного решения. И ученые, и практики затратили много усилий, чтобы убедить заинтересованные государственные структуры в целесообразности передачи этих функций на апелляционный уровень судов. Наконец это произошло и проектом нового ГПК Украины и изменениями в Закон о международном коммерческом арбитраже предусмотрено, что апелляционный общий суд как суд первой инстанции будет рассматривать эти вопросы.

3. Впервые в процессуальном законодательстве системно и в полном объеме регламентировано выполнение судами функций содействия и контроля в отношении международного арбитража и третейских судов. Особо следует подчеркнуть урегулирование процедуры содействия государственными судами арбитражу относительно принятия мер по истребованию и обеспечению доказательств, их осмотру, допросу свидетеля, по обеспечению иска. Вводится институт встречного обеспечения, который является необходимым условием для принятия мер обеспечения иска, доказательств.

4. Существенно доработана и улучшена процедура рассмотрения судами заявлений о признании и приведении в исполнение решений международного коммерческого арбитража, если его место находится за пределами Украины, и предоставления разрешения на исполнение решений арбитража с местонахождением в Украине, а также процедура рассмотрения судами заявлений об отмене решений международного коммерческого арбитража.

5. Предусмотрена возможность рассмотрения в одном объединенном производстве заявления об исполнении арбитражного решения совместно с заявлением об отмене такого решения, устанавливаются четкие сроки такого рассмотрения. Принимая во внимание тот факт, что основания для отмены решения международного коммерческого арбитража и отказа в его признании и приведении в исполнение являются практически одинаковыми, такая новелла правового регулирования бесспорно является актуальной.

6. Процессуально обеспечены полномочия компетентного суда относительно приостановления производства об оспаривании решения международного коммерческого арбитража на установленный им срок для того, чтобы

предоставить возможность составу арбитражного суда возобновить арбитражное разбирательство и устранить основания для отмены арбитражного решения.

7. При исполнении арбитражного решения предусмотрена компетенция суда по взысканию денежных средств в валюте арбитражного решения, чем устранена дискриминация взыскателя, который получал решение суда о взыскании с должника денежных средств только в гривнах.

8. Определенные положительные моменты заложены в законопроекте и по расширению арбитрабельности споров. И хотя в нем, увы, не заложен, в частности, принцип многих стран, что предметом арбитражного разбирательства могут быть любые частноправовые споры, по которым можно заключить мировое соглашение, он значительно расширяет круг правоотношений, подведомственных арбитражу. В частности, это:

– споры, вытекающие из корпоративных правоотношений, в том числе споры между участниками (учредителями, акционерами, членами) юридического лица или между юридическим лицом и его участником (учредителем, акционером, членом), в том числе участником, который выбыл, связанные с созданием, деятельностью, управлением или прекращением деятельности такого юридического лица только на основании арбитражного соглашения между юридическим лицом и всеми его участниками;

– споры относительно ценных бумаг, в том числе связанные с правами на ценные бумаги и правами, возникающими из них, эмиссией, размещением, оборотом и погашением ценных бумаг, обязательствами по ценным бумагам;

– споры относительно прав на изобретение, полезную модель, промышленный образец, торговую марку (знак для товаров и услуг), коммерческое наименование и других прав интеллектуальной собственности, в том числе относительно прав предварительного использования;

– споры относительно прав автора и смежных прав, в том числе споры о коллективном управлении имущественными правами автора и смежными правами;

– споры относительно заключения, изменения, расторжения и исполнения договоров о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности, коммерческой концессии;

– гражданско-правовые аспекты споров относительно приватизации имущества, споров, которые возникают при заключении, изменении, расторжении и исполнении договоров о государственных закупках;

– гражданско-правовые аспекты споров, вытекающих из отношений, связанных с защитой экономической конкуренции, ограничением монополизма в хозяйственной деятельности, защитой от недобросовестной конкуренции, в том числе относительно неправомерного использования обозначений или товара другого производителя, копирования внешнего вида изделия, сбора, разглашения и использования коммерческой тайны.

Внедрение указанных новелл процессуального законодательства даст необходимый толчок для дальнейшего развития и популяризации арбитража,

сделает Украину и МКАС привлекательной площадкой для разрешения международных коммерческих споров.

МКАС при ТПП Украины за годы своей деятельности стал узнаваемым украинским брендом, поскольку были задействованы те факторы, о которых говорилось выше, и сработали те векторы развития, которые еще были определены первым председателем МКАС И.Г. Побирченко.

1. Мощный кадровый потенциал. Основу МКАС составляют компетентные, независимые и беспристрастные арбитры, которые непосредственно рассматривают споры, и высокопрофессиональные сотрудники секретариата.

Была правильно выбрана стратегия формирования списка арбитров: приоритет был отдан ученым в области гражданского, хозяйственного, международного частного права и практическим работникам в области юриспруденции. Исходя из того, что стороны вправе рассчитывать на объективность, высокий профессионализм и добропорядочность арбитров, в МКАС всегда очень тщательно подходили к формированию списков арбитров МКАС. В основном в список включались ведущие ученые, преподаватели и иностранные специалисты в сфере международного коммерческого арбитража, имеющие высокие моральные качества.

Первый список насчитывал 13 кандидатур арбитров – Бурчак Ф.Г., Винокурова Л.Ф., Дрижчана О.Г., Емец И.Г., Крупчан А.Д., Луць В.В., Мамутов В.К., Пащенко Е.Г., Побирченко И.Г., Пронская Г.В., Суржикова В.И., Сухожа Й. и Толстой Г.К. – 4 академика Академии правовых наук Украины, 7 докторов юридических наук и 3 кандидата юридических наук.

В мае 2016 года был существенно расширен Рекомендательный список арбитров МКАС, который сейчас насчитывает 118 арбитров, из которых 62, то есть 53% – это специалисты из 33 стран мира. Следует отметить, что наличие в списке иностранных арбитров не является формальностью, многие из них неоднократно участвуют в рассмотрении дел, в основном это арбитры из Казахстана, Польши, Молдовы, России, Финляндии, США, Швеции, Сербии и Беларуси.

Критерии отбора кандидатур в список арбитров достаточно жесткие. Президиум МКАС осуществляет анализ уровня профессиональных знаний, опыта в сфере арбитража, научной деятельности кандидата и даже жизненной позиции. Сейчас в Конституцию Украины введен критерий добропорядочности судьи, а в МКАС он применяется с 1992 года.

2. Эффективное разрешение споров. Гармоничное сочетание в списке арбитров МКАС высококвалифицированных ученых и юристов-практиков, которые имеют большой опыт судебной и арбитражной практики во многих юрисдикциях, обусловливает высокий уровень профессионального подхода к разрешению каждого конкретного спора.

Решение МКАС успешно выполняются в 110 странах мира. В среднем только 2,5% решений МКАС оспариваются стороной, не в пользу которой вынесено то или иное решение, из них отменяются лишь около 1% решений. Такое малое количество оспариваемых решений свидетельствует об уровне работы суда, а

также об объективном и беспристрастном рассмотрении дел, когда даже проигравшая сторона, морально удовлетворена арбитражным рассмотрением дела.

Уместно несколько слов сказать об основном критерии успешности арбитражного института – количестве рассмотренных дел.

За время своей деятельности – 1992-2016 годы – МКАС принял к своему производству 10 115 дел, а за январь-июль 2017 года еще 220 дел. Сейчас МКАС ежегодно принимает к рассмотрению 300-500 дел, а в 2015 году было принято к производству рекордное количество дел – 922. По этому показателю МКАС занимает ведущую позицию в мире.

Устойчивая динамика обращений в МКАС является показателем его эффективной работы и своеобразным знаком качества и доверия к арбитражному институту. Залогом этого является соблюдение арбитрами и Секретариатом МКАС высоких международных стандартов в своей деятельности.

Ежегодно сторонами по делам, рассматриваемым в МКАС, являются представители в среднем с 50-55 стран, из которых 42-46 это страны дальнего зарубежья и 8 стран СНГ и Украины.

Украина не стоит в стороне от глобальных процессов в экономике и общих мировых процессов. Так, учитывая евроинтеграционный выбор Украины, по сравнению с прошлыми годами существенно увеличилось количество представителей из стран Европы (48-50%). В поисках рынков сбыта своих товаров и услуг украинские предприниматели двигаются как в европейском направлении, так и на восток. Как и в предыдущие годы подавляющее большинство споров связано с договорами международной купли-продажи (поставки) товаров и касается нарушений выполнения договорных обязательств по оплате или поставке товаров, выполнения работ или услуг. Меньше споров, связанных с транспортными перевозками, банковскими услугами, страхованием и строительством.

3. Оперативное разрешение споров. При рассмотрении споров важно не только профессионально и качественно решить спор, но и сделать это в максимально сжатые сроки. Сочетание этих двух составляющих основа конкурентоспособности арбитражного института. МКАС имеет ряд преимуществ перед другими институтами в этом контексте.

Понимая, что время это не возобновляемый ресурс, в последние годы в МКАС существенно уменьшились сроки арбитражного разбирательства дел. Так в среднем с момента формирования состава Арбитражного суда и до вынесения арбитражного решения в срок:

– до 3 месяцев – рассматривается около 60% дел;
– от 3 до 6 месяцев – рассматривается около 30% дел;
– от 6 до 9 месяцев – рассматривается около 6% дел;
– от 9 до 12 месяцев – рассматривается около 3% дел;
– более 12 месяцев – рассматривается менее 1% дел.

То есть, примерно 90% дел рассматриваются в срок, не превышающий полгода. Это приличный результат, особенно в условиях негативной тенденции,

которая четко проявляется в последнее время, – усиление сопротивления стороны, к которой предъявлен иск, в рассмотрении спора: изменение местонахождения, неполучение документов, злоупотребление процессуальными правами и тому подобное.

Основания для такого оперативного рассмотрения дел изначально были заложены в Регламенте МКАС, согласно которому производство по делу возбуждается постановлением председателя МКАС после представления в МКАС надлежащим образом оформленного искового заявления, оплаченного регистрационным сбором, и при наличии правовых оснований (арбитражного соглашения сторон) предъявления иска. При этом в подавляющем большинстве случаев такие постановления принимаются в день поступления искового заявления. Кроме того, отсутствие стадии обмена запросами об арбитраже позволяет сократить арбитражное разбирательство дела в среднем на 1-2 месяца.

Еще одним существенным преимуществом МКАС является наделение председателя МКАС, помимо функций по организации деятельности арбитражного учреждения, определенными процессуальными правами. Так, председатель МКАС принимает, до формирования состава арбитража, по просьбе любой стороны, если признает такую просьбу обоснованной постановление об установлении размера и формы обеспечения иска, которые являются обязательными для сторон и действуют до вынесения окончательного арбитражного решения. Указанные права позволяют оперативно решать процессуальные вопросы, в частности, отказаться от института чрезвычайного арбитра, в компетенцию которого входит рассмотрение ходатайств о принятии обеспечительных мер.

Следует обратить внимание, что в отличие от других арбитражных институтов, сторона спора может заявить такое ходатайство о применении обеспечительных мер без всякой дополнительной платы.

Кроме того, председатель МКАС может, до формирования состава арбитража, выносить постановления о прекращении арбитражного производства по указанным в Регламенте основаниям.

В общем, не ограничивая свободу ни сторон, ни состава арбитража относительно порядка арбитражного разбирательства, Регламент МКАС содержит четкие пресекательные сроки осуществления основных процессуальных действий, способствует оперативному ведению арбитражного рассмотрения дел.

Учитывая потребности сторон в быстром разрешении споров, Регламент МКАС дает сторонам право воспользоваться возможностью провести арбитражное разбирательство дела исключительно на основе письменных материалов, без проведения устных слушаний по делу.

Также с целью ускорения арбитражного разбирательства все основные документы по делу (исковые материалы, повестки, определения об отложении рассмотрения дела) направляются сторонам курьерской почтой и электронными средствами связи. В МКАС функционирует программа электронного документооборота, которая, кроме обеспечения регистрации входящих и исходящих документов сторон спора, состояния арбитражного разбирательства

на конкретную дату по конкретному делу и контроля сроков такого рассмотрения, позволяет вести электронный вариант арбитражного дела, и способствует оперативному обмену информацией между всеми участниками арбитражного процесса.

4. Нейтральность арбитражного разбирательства. Работа МКАС основывается на таком подходе, что одно и то же лицо не может быть арбитром по одному делу и представителем стороны по другому делу, что в значительной степени позволяет эффективно предотвращать возможный конфликт интересов и обуславливает незначительное количество заявлений сторон об отводе того или иного арбитра. Решение относительно заявления стороны спора об отводе арбитра принимается Президиумом МКАС, который возглавляет председатель МКАС и в состав которого входят 7 наиболее известных и авторитетных арбитров. Кроме того, Президиум МКАС может принять решение об отводе того или иного арбитра по собственной инициативе. Однако, за последние 5 лет Президиум МКАС ни разу не воспользовался таким правом.

С гордостью можно сказать, что на сегодня МКАС при ТПП Украины является едва ли не единственным юрисдикционным органом Украины, который не поддаются злому духу коррупции и лоббизма в худшем смысле этого слова. Это объясняется высокими стандартами при подборе арбитров, которые могут быть включены в рекомендательный список, а также контролем их деятельности со стороны МКАС.

Иногда МКАС критикуют за наличие Рекомендательное список арбитров, но МКАС последовательно придерживается принципа, как каждая уважаемая арбитражная организация должна проверять, кого стороны назначили арбитром. И для этого есть объективные предпосылки – сегодня проблема, особенно в спорах между крупным капиталом, не просто найти высококвалифицированного арбитра, но и обеспечить его беспристрастность, объективность и независимость. Доказательством этого является то, что сейчас на уровне ЮНСИТРАЛ обсуждается необходимость принятия Кодекса этики арбитра.

Вместе с тем, МКАС строго придерживается своих высоких стандартов – за все время деятельности арбитражного института из рекомендательного списка были исключены три арбитра, в отношении которых было доказано, что они допустили неравноправное отношение к сторонам и лоббировали интересы стороны, которая их назначила.

Также в МКАС с целью сохранения нейтральности арбитражного разбирательства всю переписку со сторонами по делу и арбитрами осуществляет секретариат, состоящий из высококвалифицированных юристов, которые свободно владеют украинским, русским и английским языками. Следует подчеркнуть активную роль секретариата МКАС, который не ущемляя независимости арбитров при разрешении спора, осуществляет техническую и организационную работу по подготовке и проведению арбитражного процесса по делу, давая тем самым составу арбитража сосредоточиться на сути спора и его разрешении.

Результатом такого подхода является то, что с каждым годом постепенно увеличивается доля дел, сторонами в которых являются исключительно нерезиденты, которые выбрали МКАС в качестве «нейтральной территории» для рассмотрения своих споров.

5. Сравнительно низкая стоимость арбитражного рассмотрения дела. Ставки регистрационного и арбитражного сборов являются одними из самых низких в регионе. Так, при подаче искового заявления в МКАС истец обязан оплатить регистрационный сбор в размере, который составляет всего 600 долларов США. Также истцом уплачивается арбитражный сбор, при этом в случае удовлетворения иска этот арбитражный сбор решением Арбитражного суда возлагается на ответчика.

МКАС не применяет подход некоторых западных институтов относительно почасовой оплаты труда арбитров, арбитражные сборы исчисляются в твердой сумме, размер которой зависит от цены иска. Также Положением об арбитражных сборах и расходах предусмотрено, что в случае рассмотрения дела единоличным арбитром, истец уплачивает 80% арбитражного сбора.

В 2014 году с учетом украинских реалий и экономического положения, были существенно снижены ставки арбитражного сбора по искам, требования по которым превышают 2 миллиона долларов США, что было очень позитивно воспринято пользователями наших услуг.

Отсутствие дополнительных сборов при подаче ходатайства о принятии обеспечительных мер, отправка всех документов сторонам за счет суда и бесплатное предоставление залов для устного слушания дела, делает арбитражное разбирательство в МКАС действительно малозатратным.

6. Комфортность арбитражного разбирательства. Возможно это не один из главных факторов эффективного разрешения споров, но именно комфорт может стать тем самым аргументом, который склонит чашу весов в пользу выбора того или иного арбитражного института как места рассмотрения спора.

Сегодня МКАС готов без какой-либо дополнительной платы предоставить в распоряжение состава арбитража и сторон спора 4 комфортных зала для проведения устных слушаний, которые оборудованы по последнему слову техники и расположены в центре столицы. Также, действуя в качестве дружественного посредника, МКАС может предоставлять сторонам помещения для проведения переговоров с целью мирного урегулирования спора.

Созданы и надлежащие условия для беспрепятственного выполнения арбитрами своих функций – к их услугам оборудованная необходимой техникой и укомплектованная нормативной и справочной литературой комната арбитров.

Однако, речь идет не только о комфортных условиях рассмотрения спора, но и о доброжелательной дружеской атмосфере, которая царит у киевлян, прекрасной природе, большом культурном и архитектурном наследии, умеренных ценах, что делает пребывание гостей в Киеве приятным и полезным.

7. Арбитражный институт не может существовать в вакууме, для эффективного функционирования нужно не только соответствующее процессуальное

законодательство, но и благоприятное отношение к международному арбитражу со стороны государства, а особенно плодотворное взаимодействие с государственными судами, которые должны осуществлять не только функции контроля, но и функции содействия арбитражу. Такое взаимодействие и поддержка со стороны судебной ветви власти на всех стадиях арбитражного разбирательства чрезвычайно важна, поскольку речь идет о защите прав и интересов физических и юридических лиц, избравших международный арбитраж в качестве средства защиты своих прав, а также является залогом успешной работы МКАС, становления проарбитражного климата и повышения имиджа Украины на международной арене.

Хочу отметить, что политика судебной ветви власти в отношении международного коммерческого арбитража является в целом благоприятной, о чем, в частности, свидетельствует принятие Пленумом Верховного Суда Украины постановления №12 от 24 декабря 1999 и осуществления Высшим специализированным судом Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел обобщения судебной практики рассмотрения дел по оспариванию решений международного коммерческого арбитража и о признании и исполнении решений международных и иностранных арбитражей, которое опубликовано в январе 2016 года. Несмотря на некоторые спорные моменты этого обобщения, оно является важным основанием совершенствования судебной практики относительно арбитража, установления единых подходов судов, при наличии определенных пробелов в гражданском процессуальном законодательстве, которые практически устранены в реформированном процессуальном законодательстве.

Реформа процессуального законодательства, о которой говорилось выше, и завершение реформирования судебной ветви власти бесспорно позитивно повлияет на выполнение судами Украины функций содействия и контроля в отношении арбитража и тем самым увеличит арбитражную привлекательность украинской юрисдикции для субъектов внешнеэкономической деятельности при разрешении споров между ними.

Обобщая вышеизложенное, хочу сказать, что МКАС в течение 25 лет прилагает все усилия для того, чтобы арбитражное разбирательство был быстрым и малозатратным, с соблюдением принципов конфиденциальности и равенства сторон, споры рассматривались арбитражным судом, состоящим из опытных, высококвалифицированных, независимых и беспристрастных арбитров, а арбитражные решения были справедливыми, объективными и выполнялись во всех странах мира.

Такая высокая планка, которую держит МКАС, достигается благодаря неизменному развитию арбитражного института, усилиям арбитров и сотрудников МКАС, направленным на популяризацию международного коммерческого арбитража и альтернативных способов разрешения споров в целом.

Решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины принимая во внимание важную роль международных арбитражных учреждений при ТПП Украины в разрешении споров, возникающих в сфере международной торговли,

развитии внешнеэкономического сотрудничества между государствами и субъектами предпринимательства, поддержана инициатива Президиума МКАС об объявлении 2017 года – годом международного коммерческого арбитража в Украине, в рамках которого проводится ряд мероприятий по популяризации украинского арбитража.

МКАС продолжает наращивать объем международных связей и активно сотрудничает с мировым арбитражным сообществом. Так, МКАС является членом многих международных объединений в этой сфере: Международной федерации коммерческих арбитражных институтов (IFCAI) в Нью-Йорке, Арбитражной группы Центральной и Восточной Европы при Международной торговой палате в Париже, а также постоянно действующего Консультативного органа – Совета руководителей ТПП государств-участников СНГ в области международного коммерческого арбитража. МКАС включен в перечень организаций, которые приглашаются на сессии ЮНСИТРАЛ, как имеющие определенный опыт в сфере арбитража и возможность выразить свою позицию по вопросам, рассматриваемым Комиссией ООН по праву международной торговли.

МКАС при ТПП Украины на двустороннем уровне заключил соглашения о сотрудничестве в сфере международного арбитража с арбитражными институтами 17 стран мира, в том числе с:

– Арбитражной ассоциацией Швейцарии (ASA) – 1992 г.;

– Корейским коммерческим арбитражным судом – 1997 г.;

– Арбитражным судом при Болгарской ТПП – 1998 г.; 2017 г.

– Греческой Арбитражной Ассоциацией – 1998 г.;

– Внешнеторговым арбитражем при Хозяйственной палате Македонии – 1998 г.;

– Постоянно действующим Арбитражным судом при ТПП Словении – 1999 г.;

– ТПП РФ о сотрудничестве в области коммерческого арбитража – 1999 г.;

– Арбитражным судом при ТПП Словакии – 2000 г.;

– Внешнеторговым арбитражным судом Монгольской Торгово-промышленной палаты;

– Арбитражным судом при Хозяйственной палате Чехии и Аграрной палате Чехии – 2001 г.;

– МКАС при ТПП Румынии и Бухареста – 2003 г.;

– Арбитражным судом при ТПП Латвии – 2006 г.;

– Арбитражным судом при Польской хозяйственной палате – 2007 г.;

– МКАС Азербайджана – 2008 г.;

– Арбитражным судом при ТПП Венгрии – 2011 г.;

– Бельгийским центром арбитража и медиации CEPINA-CEPANI – 2012 г.

– Венским международным арбитражным центром Австрийской федеральной экономической палаты – 2015 г.

В сентябре 2017 года подписано двустороннее соглашение о сотрудничестве с Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссией (CIETAC) и обновленное соглашение с Арбитражным судом при Болгарской ТПП.

Особо следует отметить плодотворное сотрудничество со Стокгольмским арбитражным институтом, который оказал неоценимую и методологическую помощь МКАС особенно в период его становления. Мы систематически проводим совместные мероприятия.

Для обмена опытом и с целью аккумуляции лучших подходов в арбитраже, МКАС, начиная с 2013 года, регулярно проводит Международные арбитражные чтения памяти академика И.Г. Побирченко. Не стал исключением и этот год, и 14 сентября 2017 года были проведены IV Международные арбитражные чтения памяти академика И.Г. Побирченко на тему: «Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности», на которых ведущие мировые специалисты в области международного коммерческого и инвестиционного арбитража и арбитры МКАС имели прекрасную возможность не только обсудить последние тенденции в международном арбитраже, но и посодействовать определению векторов развития МКАС на последующие годы.

Подготовлено очередное издание «Практика МКАС при ТПП Украины по рассмотрению внешнеэкономических споров за 2010-2016 годы» и Сборник научно-практических статей, посвященных 25-летию МКАС при ТПП Украины и развитию международного коммерческого арбитража в Украине.

Вообще следует отметить, что идет постоянный процесс совершенствования как организационной структуры МКАС, так и процедуры арбитражного разбирательства путем, прежде всего, внесение изменений в Регламент, Положение об арбитражных сборах и расходах.

Так, в составе МКАС решением Президиума ТПП Украины от 17 апреля 2002 года №23 (1) образована Коллегия по рассмотрению внешнеэкономических споров в сфере интеллектуальной собственности и утвержден Рекомендательный список арбитров Коллегии. В своей деятельности Коллегия руководствуется Регламентом МКАС и Положением об арбитражных сборах и расходах.

Достаточно сказать, что за 25-летнюю историю МКАС были разработаны и утверждены три редакции Регламента МКАС: 1992 года, 1994 года и 2007 года. Вместе с тем, МКАС продолжает работу по совершенствованию арбитражного процесса и решением Президиума ТПП Украины от 27 июля 2017 года утверждена новая, четвертая редакция Регламента МКАС, которая вводится в действие с 1 января 2018 года. В новом Регламенте, при сохранении проверенных временем положений относительно четкой организации арбитражного процесса и определения временных промежутков для той или иной стадии арбитражного разбирательства, учтены современные потребности потребителей арбитражных услуг и развитие новейших технологий. В частности, введена ускоренная процедура арбитражного производства, по которой общий срок арбитражного разбирательства не должен превышать 60 дней с момента формирования состава арбитража, а также проведение устного слушания дела с помощью системы видео-конференц-связи. Для этого в МКАС создана соответствующая материально-техническая база. Подробно регламентирован порядок принятия обеспечительных мер и порядок представления доказательств, в том числе в

электронной форме, опрос свидетелей и привлечения экспертов, назначенных стороной или составом арбитража.

В новой редакции Положения об арбитражных сборах и расходах (приложение к Регламенту МКАС) действующие ставки арбитражного сбора и порядок его уплаты оставлены без изменений. Предусмотрена возможность увеличения размера арбитражного сбора по конкретному делу Президиумом МКАС по представлению состава арбитража в связи с особой сложностью дела. В то же время, предусмотрена возможность предоставления истцу отсрочки по уплате арбитражного сбора по его мотивированному заявлению, а в случае повторного обращения в МКАС в связи с отменой арбитражного решения государственным судом истец должен уплатить арбитражный сбор в размере 50%. Кроме того, Положение в новой редакции предусматривает, что при вынесении составом арбитража решения на согласованных сторонами условиях в первом заседании истцу возвращается без регистрационного сбора 25% арбитражного сбора.

Предложенные изменения направлены на совершенствование арбитражного производства в целом и повышение эффективности деятельности МКАС при ТПП Украины с учетом требований современности.

Подытоживая, следует отметить, что современная мировая экономика – это очень сложная система, построенная на конкуренции между государствами, транснациональными корпорациями и местным капиталом. Соответственно возникает спрос на цивилизованное решение коммерческих, инвестиционных и корпоративных споров, которые, как показывает сегодняшняя мировая статистика, эффективнее всего разрешаются с помощью международного арбитража. Более того, сегодня международный арбитраж играет значительную глобальную социально-политическую роль и стал одним из элементов мирового правопорядка. Поэтому будущее у арбитража есть, в том числе и для МКАС при ТПП Украины, при условии учета в своей деятельности новых тенденций и своевременного реагирования на новые вызовы.

BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND LEGAL TRANSLATION

W. E. Butler[2]

Bilateral investment treaties (hereinafter: BITs) have become a major infrastructural mechanism for ensuring the protection of foreign investors on a reciprocal basis in individual countries. The concept of bilateral protection for investors originated in trade treaties and subsequently in treaties of friendship, commerce, and navigation insofar as such treaties gave specific protection to the person and property of foreigners and stateless persons.[3] The great majority of contemporary BITs are devoted entirely to investment protection – a reflection of the tremendous growth of cross-border investment and the number of investors active in foreign investment relations.[4]

With the transition of the independent States of the former Soviet Union to a market economy, BITs were a popular means of seeking to encourage foreign investments in these transitional and privatizing economies. Such treaties reinforced foreign investment laws adopted in each of the post-Soviet republics.[5] As of 14 July 2017, the Russian Federation had concluded 84 such agreements – not all of which were in force and some of which had been terminated – whereas Ukraine had entered into 77, likewise not all in force and some terminated.[6]

Collectively, BITs offer some interesting conceptual issues. On the assumption that there exists (or should exist) a general (customary?) international investment law distilled from relevant multilateral treaties, BITs, and municipal foreign investment legislation, one would presumably look to the multilateral treaties first as the general and most widely ratified documents. On this assumption, the BITs would operate with respect to the multilateral treaties as *lexspecialis*, setting out the special legal investment relationship between two States, subject, of course, to their respective domestic legislation regulating investment relations generally or foreign investment relations specially, and the individual investment contracts between the parties. It has been aptly observed that "the concurrent application of national and international law is indeed a prominent feature of the regulation of foreign investment".[7]

---

[2] **W. E. Butler** – Dr. iur., Professor, Foreign Member of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukrainian National Academy of Law Sciences, Russian Academy of Natural Sciences; Professor of Dickinson School of Law, Pennsylvania State University, Emeritus Professor of Comparative Law in the University of London, attorney-at-law, advisor on the legal framework of CIS countries

[3] See K. J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History Policy, and Interpretation* (2010).

[4] As of 31 December 2015 there were 2,281 BITs in force, which amounted then to approximately 12% of bilateral relationships among the States comprising the international community. See Tarcisio Gazzini, Interpretation of International Investment Treaties (2016), pp. 31-32.

[5] See W. E. Butler, Foreign Investment Law … (2002).

[6] UNCAD International Agreements database (consulted on 14 July 2017). This database offers Russian and English texts of the Russo-Ukrainian bilateral investment treaty, but not the Ukrainian language text. The English version is of unknown origin and neither official nor authentic.

[7] Gazzini, note 2 above, p. 17.

Insofar as BITs constitute a purely bilateral treaty relationship specially tailored by the parties to their investment circumstances, national legal principles and traditions, and economic expectations, these may or may not be consistent with other BITs concluded by the same parties with other States or with multilateral investment agreements. And they may or may not be concluded in languages widely used in international legal transactions, such as English or French. It is not uncommon for international arbitral tribunals to be composed of arbitrators who do not have a command of the authentic languages of the BITs, in which event they are forced to fall back upon, usually, English translations that have no stature as an authentic version of the treaty. This can create conundrums of a different order that, *inter alia*, raise questions about the viability of an international investment law.

It might be observed, of course, that the same language problem exists for all national jurisdictions in which English is not the language of the country concerned. The national legislation of each country poses the same difficulty for the arbitrator, who must rely on translations of whatever quality of the relevant national enactments. Here, however, a distinction exists. Any international arbitrator, just as any comparative lawyer, is acutely aware that the national legislation originates in a language rooted in, indeed the very essence of, the national legal system concerned; in the case of a BIT or other international treaty, there is an assumption of a shared legal system – public international law – in which, whatever the linguistic differences in legal terminology for particular terms, the parties are speaking about or referring to identical legal concepts and rules binding upon each of them.

In the context in which we address the matter here, we are not concerned about whether the parties to a BIT precisely understand what they agreed with one another. Our concern is that within a dispute settlement context third natural persons – in this example, the international arbitrators chosen by the parties – are trying to understand what the two parties to a BIT may have agreed on the basis of a translation of the treaty text into English. All then turns upon the quality of that translation.[8]

Texts of the Russian/Ukrainian BIT

The Russian/Ukrainian BIT was concluded at Moscow on 27 November 1998. The Agreement entered into force, pursuant to Article 14(1), "… from the day of last written notification concerning the fulfillment by the Contracting Parties of municipal procedures necessary for the entry into force of the present Agreement".[9] The

[8] With respect to Ukraine, the UNCTAD International Agreements database lists 77 Ukrainian BITs, of which the full texts of 33 are available from the database in the English language. With respect to the Russian/Ukrainian BIT, the database contains English and Russian language texts; the Ukrainian language text is not offered.

[9] Translated by W. E. Butler, published in Butler (transl. & ed.), *Russia & The Republics: Legal Materials* (looseleaf service; 2006). The relevant passage in the UNCTAD database English text reads: "… as of the date of the latest notification in writing of the fulfillment by the Contracting Parties of a procedure inside each state required for this Agreement to become effective" (hereinafter: UNCTAD English version). The translator of the UNCTAD English version is unspecified and unknown. A third English version of the Russian/Ukrainian BIT is circulating in arbitration circles, origin and translator unknown, in which the relevant passage reads: "… on the date of the latest written notification on completion by the Contracting Parties of the intrastate procedures, required for the entry into force of this Agreement" (hereinafter: unattributed).

Russian Federation completed its municipal procedures with the adoption and signature of Federal Law No. 21-ФЗ, of 2 January 2000.[10] The Agreement entered into force for Ukraine and Russia on 27 January 2000.

The Russian/Ukrainian BIT is of interest from a translation perspective for several reasons. First, there is no official or authentic English-language text agreed by the Parties. Pursuant to the concluding provisions – and depending which of the three English versions one uses (Butler, UNCTAD, unattributed) – the Ukrainian and Russian language texts are either "of identical force" (Butler), "equally valid" (UNCTAD), or "equally authentic" (unattributed).[11] Second, no English version of the treaty has standing because the parties did not so agree. Third, the Agreement in this instance happens to be concluded between two States which share a common history in many respects, a common legal heritage, and a superior knowledge of one another's language. Their municipal legal systems share a common Imperial and Soviet legal heritage and, substantially, terminology. Some of the perplexities that can arise from two States originating in different legal traditions are minimized in this case.

Fourth, the parties are exposed to becoming the unintentional victims of arbitrators using English versions of the Agreement over which they have no control and did not themselves produce and agree. And not only the arbitrators, for counsel on both sides are subject to the same observation. As a rule, they produce the documentation submitted to the arbitrators in support of the position of their client; in the process of doing so, they are likely to have based their analysis of and submissions in the case precisely upon the English version of the Agreement rather than the original texts. In a case such as this, the translated version assumes a role tantamount to the version that the Parties actually agreed.

Whether it matters in any given case will depend upon the positions taken by the Parties and by the international tribunal. The example above gives evidence of three translations which differ in substance from one another. Two are unattributed in reality (UNCTAD does not translate; people translate, and the individuals who did the UNCTAD database version and the anonymous version remain unknown and unknowable to counsel and arbitrators). The only grounds for submitting either text to a tribunal or using it in pre-tribunal proceedings is convenience – but with full awareness of the risks.

Even more troubling is that the examples given above address formulaic provisions of a treaty; these are more or less routine in every treaty text, yet consensus on how to translate them is absent. What happens when the translations differ with respect to treaty provisions that are central to the positions of the parties and, indeed, the outcome of the proceeding.

An interesting example from the Ukrainian/Russian BIT arises from the effectuation of an investment on the territory of one of the Contracting Parties. An investor of a Contracting Party refers to a natural or juridical person (Article 1[2]) who

[10] СЗРФ (2000), no. -, item --.

[11] The original Ukrainian reads: однакову силу; the original Russian reads: одинаковую силу.

is empowered "… to make investments" (unattributed); "to … carry out investments" (UNCTAD); or to "… effectuate investments" (Butler).[12]

The term "investments" in the Ukrainian/Russian BIT raises similar problems. Leaving aside precisely what kinds of investments may be made, the question turns to the process of investing. The unattributed translation uses the noun and the verb interchangeably; that is, the term "investments" is that which are "invested" by an "investor" – a circular outcome. The UNCTAD translation says that "investments" are that which is "put in" by "the investor". The Butler translation provides that "investments" are that which "are contributed" by an investor.[13] The concept of a "contribution" is more consistent with the legacy of Soviet corporate relations and the relationship between the investor – usually the State, which creates its own enterprises, owns them and the basic assets on the balance sheet of the enterprise, and contributes State property by right of economic jurisdiction or operative management to the enterprise for possession and use. And it is a more accurate rendering of the terminology used by the parties to the BIT.

Translations can be quite simply wrong. The unattributed translation says in Article 1(1), for example, that the process of investing is to be "… in conformity with its laws …", whereas the Butler and UNCTAD versions translate this passage as "in conformity with … legislation". In this example the unattributed translation is incorrect: laws are a kind of legislation, indeed the highest type of positive legislation; the term "legislation" is broader than laws and included normative legal acts of the President, Government, and agencies of State power or executive power. The arbitrator relying on this passage would be seriously misled.

Quality of Legal Translations

What constitutes a "reputable" translation. At the outset, at least, a reputable translator. In practice, however, the commercial legal world operates with translations deliberately anonymous (produced within law firms by translation divisions or outsourced to translation agencies, or downloaded from the Internet). Firms, just as governments or international organizations, do not translate. People do. Who? What qualifications do they have? Are they experienced legal practitioners or young graduates in languages? Who in the firm or organization is qualified to assess the quality of the work being produced? Worst are the unattributed translations on the Internet or offered by commercial data bases. In the Commonwealth of Independent States, although the quality and accuracy of the data bases may vary from one country to another, and appropriate account must be taken of those countries where computers

[12] The original Ukrainian reads: «… здійснювати»; the original Russian reads: «… осуществлять». The word "effectuate" means "to bring an event to pass, to carry into effect, to accomplish an intention or desire". See *The Oxford English Dictionary* (2d ed.; 1989), p. 81. This term would seem to more accurately convey the intention of the Parties expressed in the BIT. The term "carry out" suggests "removal", although in some contexts it may be intended to mean to perform; the term "make" is simply disingenuous. Neither the Ukrainian or the Russian version is disingenuous.

[13] The term being translated respectively as "invested", "put in" and "contributed" in Ukrainian is «… вкладаются»; the original Russian term is «… вкладываются».

are being used to translate without disclosure of this, the English-language versions of this material are nothing short of appalling.

The same due diligence that lawyers routinely undertake when assessing the quality and veracity of evidence needs to be undertaken with respect to the accuracy of translation. Legal translation is the foundation of comparative law and a matter for the experienced lawyer/linguist/comparatist. Monolingual arbitrators work at their peril with translations whose origins are unknown. Monolingualism is not merely a self-imposed disability; it fractures the ability to place oneself within the mental set of another legal system and its signs, including to appreciate, anticipate, and comprehend the perplexities that may arise simply by virtue of multilingual situations, even if the language is one which the arbitrators themselves do not possess.

DOES INTERNATIONAL ARBITRATION STILL DWELL IN AN ETHICALNO MAN'S LAND? – SOME HOPE!

Stephan Wilske[14]

I. INTRODUCTION

In 2002, *Catherine Rogers* wrote that international arbitration "*dwells in an ethical no-man's land*".[15] This famous description of the regulatory state of ethical standards in international arbitration fully corresponds with the author's opinion, having experienced firsthand the consequences that flow from a lack of ethical standards in international arbitration. In an International Chamber of Commerce (hereinafter "**ICC**") arbitration between a Japanese and a German company in which the author was lead counsel to the German party, a key witness who had worked for the Japanese party, but had submitted a witness statement on behalf of the German company confided that the opposing party (who was advised by rather aggressive U.S. counsel) had threatened to cut off his pension benefits if he attended the evidentiary hearing to confirm his witness statement. This witness statement was significant and had the potential of being outcome-determinative. The author explained the situation to the arbitral tribunal and requested an assurance from the threatening party that the mere appearance of the witness at the evidentiary hearing would not affect his pension. Such assurance was flatly denied. Unfortunately, the arbitral tribunal was not interested in looking at the facts but merely insisted that the witness appear for the hearing. On the day of the hearing the fearful witness failed to arrive and the arbitral tribunal simply ordered to strike his witness statement off the record.[16] The author still painfully recalls the smirk on the opposing counsel's face as the arbitral tribunal's decision was pronounced. It was the frustration with the state of affairs which propelled the author to take up the cause of ethical standards (or rather the lack of it) in international arbitration.

---

[14] **Stephan Wilske** – Partner, Gleiss Lutz, Stuttgart (Germany); FCIArb, admitted to the New York and German bar as well as to the U.S. Supreme Court, the U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit and the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Maîtrise en droit, Universitéd›aix-Marseille III, France; LL.M (The University of Chicago; Casper Platt Award); Dr. iur (Tübingen); Diploma in International Arbitration (Chartered Institute of Arbitrators); Lecturer at the Universities of Heidelberg and Jena; Visiting Professor at the National Taiwan University, College of Law (Spring 2010); Advisory Committee Member of the Swiss Arbitration Academy. Senior Committee Member of the Contemporary Asia Arbitration Journal; International Correspondent (Germany) of RevistaRomână de Arbitraj (Romanian Arbitration Review). Since 2011, he has been a member of the American Law Institute (ALI). Many thanks go to Geetanjali Sharma for her valuable input, in particular with respect to the research of many international efforts over the last years to deal with ethical issues. I also would like to express my gratitude to my colleague RaeesaRawal (currently on secondment from Corrs Chambers Westgarth, Australia) for the time she invested in fine-tuning this paper. For all errors and omissions, the author assumes sole responsibility. He can be reached at Stephan.Wilske@gleisslutz.com.

[15] *Catherine Rogers,* Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code for Attorney Conduct for International Arbitration, 23 Michigan Journal of International Law, 341, 342 (2002).

[16] *Günther J. Horvath* & *Stephan Wilske*, Preface, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.) Guerrilla Tactics in International Arbitration (Wolters Kluwer) (2013), xxvii.

Making its debut in 2010, the arbitration guerrilla phenomenon has come to be a hot topic in international arbitration. Taking stock in 2017, we can observe a sluggish but concrete developmental trend in this area, crystallizing primarily in the form of the *International Bar Association Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (2013) (hereinafter "**IBA Guidelines on Party Representation**") and the General Guidelines for the Parties' Legal Representatives, issued by the London Court of International Arbitration (2014) (hereinafter "**LCIA Guidelines on Parties' Legal Representatives**") which have set the path for the burgeoning standard for counsel behavior in international arbitration. The debate is still abuzz on the substantive content on what an "ethical standard" may constitute, and which authority might be best suited to regulate counsel conduct, but in light of recent trends it is reasonable to expect that arbitral tribunals will play a more active role in enforcing ethical standards in the future.

This paper primarily focuses on the development of ethical standards in international arbitration, specifically looking at ways in which institutional guidelines and rules have addressed the unethical behavior of counsel in arbitral proceedings (**II**).[17] The paper also offers some views about the future role that arbitral institutions have in the area of unethical conduct (**III**) and considers the outlook of this growing and developing area of the law (**IV**).

II. DEVELOPMENT OF ETHICAL STANDARDS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

There have been several efforts at an international level pertaining to the ethical aspects of counsel conduct (**II.A.**). These efforts have proven insufficient to deal with instances of professional misconduct in the area of international arbitration in recent years (**II.B.**). It was this dissatisfaction that led to a global call for remedying the lack of ethical standards in international arbitration, which in turn led to noteworthy developments in this area (**II.C.**).

A. State of Ethics in International Arbitration – The Early Days

The long-standing need for ethical guidance in the area of international arbitration is evidenced by the lack of extraterritoriality of the national ethical norms to international arbitration and the resultant persisting efforts to formulate a code of ethics

[17] While there has also been progress in the area of arbitrator ethics, this piece focuses on the regulation of unethical behavior by counsel. Those who are interested in arbitrator ethics can find further information on this topic in *Stephan Wilske* & *Chloë Edworthy*, The Essential Qualities of an Arbitrator – What Appointing Parties Must, Should and May Like to Consider, (23) Croatian Arbitration Yearbook, 101-119 (2016); *Stephan Wilske* & *Sarah Kimberley Hughes*, Arbitration Guerrilla Tactics and Minimum Ethical Standards in International Arbitration – Light on the Horizon or a Sisyphean Exercise, in: BeataGessel-Kalinowskavel Kalisz (ed.), The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration, Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski (2015), 225-247; *Stephan Wilske*, Work Ethics of the International Arbitrator, or: The Distinction Between Rendering a Service to the Parties and Being the Parties' Slave, in: Patricia Shaughnessy & Sherlin Tung (eds.), The Powers and Duties of an Arbitrator – Liber Amicorum in honour of Pierre A. Karrer (Wolters Kluwer) (forthcoming 2017), 417; *Stephan Wilske*, The Ailing Arbitrator – Identification, Abuse and Prevention of a Potentially Dangerous Delaying and Obstruction Tool, 7(2) Contemporary Asia Arbitration Journal, 279 (2014).

which could apply at the international level. Indeed, the basic question asked by *V.V. "Johnny" Veeder* QC in his 2001 Goff lecture, namely:

"what are the professional rules applicable to an Indian lawyer in a Hong Kong arbitration between a Bahraini claimant and a Japanese defendant represented by New York lawyers"?[18]

Has still not yet been answered.

Local standards such as those set by local bar associations and state courts often regulate counsel conduct in their respective jurisdictions.[19] Whether they are applicable in international arbitrations is not easily answered and arbitral tribunals have arrived at different conclusions on this point.[20] In any event, importing local norms into international arbitration presents challenges of its own and therefore is unsuitable for regulating counsel conduct.[21] It is for this reason that the development of international standards in the international arbitration world is left wanting.

Several efforts were made on the international level to carve out a code for counsel conduct. The early efforts include, the *IBA International Code of Legal Ethics* (1956, updated in 1988), and the *CCBE*[22] *Declaration of Perugia on the Principles of Professional Conduct* (1977). These instruments comprised of general principles relating to professional notions but do not provide for rules with any substantial meaningful guidance.[23] *The Turin Principles* (2002), developed by the *Union Internationale des Avocats* (UIA), were also abstract and provided little guidance. Thus, its effect on international arbitration was limited.[24]

More focused initiatives include the *American Bar Association Model Rules* (1983) (hereinafter "**ABA Model Rules**") and the *Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers* (1988). These were drafted to consolidate the applicable standards across United States and Europe.[25] While these codes are advanced and provided concrete guidance with regard to transnational

---

[18] *V.V. Veeder*, *The 2001 Goff Lecture – The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith*, 18(4) Arbitration International 431, 433 (2002). This lecture is still seen as a starting point for the more recent discussions and initiatives relating to counsel ethics, see, *e.g.Cyrus Benson*,Can Professional Ethics Wait? The Need for Transparency in International Arbitration, 3(1) Dispute resolution International 78 (2009); *Doak R. Bishop*,Advocacy and Ethics in International Arbitration, in: Arbitration Advocacy in Changing Times, 15 ICCA Congress Series 383(Albert Jan van den Berg ed.) (2011). But see also the earlier and unsuccessful attempt by *Jan Paulsson*, Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration, 3 The American Review of International Arbitration 214 (1992), to raise this issue to the attention of the arbitration community.

[19] *Sam McMullan*, Holding Counsel to Account in International Arbitration, 24 Leiden Journal of International Law 491 (2011).

[20] *Catherine Rogers,* Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code for Attorney Conduct for International Arbitration, 23 Michigan Journal of International Law341, 342 (2002).

[21] *David Wilkins*, Who Should Regulate Lawyers?, 105 Harvard Law Review 801, 851 (1992).

[22] CCBE stands for *The Council of Bars and Law Societies of Europe*, an international non-profit association which has been, since its creation in 1960, at the forefront of advancing the views of European lawyers and defending the legal principles upon which democracy and the rule of law are based; see http://www.ccbe.eu/about/who-we-are/.

[23] *Catherine Rogers*, Ethics in International Arbitration, (Oxford University Press) (2014), 132.

[24] See in general *Harry Arthurs*, A Global Code of Ethics for the Transnational Legal Field, 2 Legal Ethics 59 (1999).

[25] For a discussion of the suitability of a transnational code to be applied worldwide, see *Laurel Terry*, An Introduction to the European Community›s Legal Ethics Code Part I: An Analysis of the CCBE Code of Conduct, 7 Georgetown Journal of Legal Ethics, 1 (1993).

legal practice, they contain little specific guidance pertaining to international arbitration.[26] Moreover, as these instruments were drafted based on the legal principles prevailing across United States and Europe, one might question their applicability on an international level.[27]

More recent efforts include the*Hague Principles on Ethical Standards for Counsel appearing Before International Courts and Tribunals* (2010) and the *IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession* (2011). These instruments also comprise of general principles which guide the conduct of counsel, but do not provide any concrete guidance tailored to the process of international arbitration.[28]

It is probably the unsuitability of the above mentioned sources and their failure to address the problem of professional misconduct in international arbitration which subsequently encouraged the rise of the arbitration guerrilla phenomenon examined below.

B. The Rise of the Arbitration Guerrilla Phenomenon

Despite the standards canvassed in the previous section, the international arbitration community saw the rise of severe professional misconduct, *i.e.* guerrilla behavior which continues to plague the international arbitration practice. It has in part also contributed to the increasing number of questions concerning the legitimacy of international arbitration.[29] This section explores the emergence of the arbitration guerrilla phenomenon.

1. Understanding Arbitration Guerrilla Behavior

The term "arbitration guerrilla" was originally coined by *Michael Hwang*.[30] Meanwhile, the term "arbitration guerrilla tactics" describes conduct ranging from the blatantly illegal to more subtle underhanded behavior, such as witness intimidation and phone tapping, to the merely sly, such as ambushing the opposing party with new evidence or *ex parte* conversations with arbitrators.[31] Based on the gravity of the act concerned, these acts can be categorized in the following manner:[32]

(i) Common guerilla tactics, which amount to obvious misconduct and violation of law or written procedural rules.

---

[26] *Catherine Rogers*, Ethics in International Arbitration, (Oxford University Press) (2014), 133.

[27] *John Toulmin*, A Worldwide Common Code of Professional Ethics?, 15 Fordham International Law Journal 673, 681 (1991-92).

[28] For example, the IBA International Code of Ethics (1956; updated in 1988), Rule 2 provides that "*Lawyers shall at all times maintain the honour and dignity of their profession. They shall, in practice as well as in private life, abstain from any behaviour which may tend to discredit the profession of which they are members.*"

[29] See, *e.g.*, *Stephan Wilske*, Collective Action in Investment Arbitration to Enforce Small Claims – Justice to the Deprived or Death Knell for the System of Investor-State Arbitration?, 5 Contemporary Asia Arbitration Journal, 165, 190-193 (2012) (discussing, in particular, a perceived backlash against investment arbitration).

[30] *Michael Hwang*, Why is there Still Resistance to Arbitration in Asia?, in: Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi & Anne Marie Whitesell (eds.) Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner (2005) (ICC Publishing), 401-411.

[31] *Günther J. Horvath* & *Stephan Wilske*, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 3.

[32] *Günther J. Horvath*, Subtle Ways of Addressing Guerrilla Tactics, Austrian Yearbook on International Arbitration(2014) (Beck & Stämpfli), 223, 225.

This category captures behavior such as counsel or parties try to pressure potentially damaging witnesses not to appear at evidentiary hearings.[33] Further, it typically involves conduct such as bribery, fraud, intimidation or harassment, wiretapping or other surveillance, and extreme delaying tactics.

(ii) Extreme guerrilla tactics, which are criminal in nature and violate applicable law.

This category is referred to as 'Arbitration Taliban' by this author. It includes incidents in which parties' representatives, experts or lawyers are purposefully physically harmed or even killed, making it the more sinister kind of guerrilla behavior.[34] This type of conduct lies on the extreme end of the guerrilla behavior spectrum and goes far beyond violation of procedural etiquette, attracting criminal laws and threatening or causing physical harm to participants in international arbitration.[35]

(iii) Rough riding that does not cross the border of ethical misconduct.

Rough riding cannot be categorized as guerrilla tactics. It includes measures that are not primarily employed to obstruct, delay, derail and/or sabotage the arbitral proceedings. These methods, however, still adversely affect the tone of the arbitral proceedings and, at least, could potentially damage the proceedings.[36] The deliberate disregard of professional courtesy is also a form of rough riding. Examples include exploiting opposing counsel's personal unavailability or withholding consent on even small procedural issues without reason, such as rejecting opposing counsel's request for a 24-hour time extension due to urgent personal reasons, such as attending a funeral.[37] Rough riding would also encompass behavior which *prima facie* appears legal, but goes against the spirit of applicable rules.[38]

Guerrilla tactics begin when parties abuse the safeguards provided in the arbitration rules, such as the right to be heard or to challenge an arbitrator, and access to state courts.[39] A classical example is the 14th challenge against an arbitrator (or against the whole arbitral tribunal) after 13 unsuccessful challenges based on the reasoning that in the meantime the arbitrators must be (somewhat) biased against

---

[33] *Kensington International Ltd. v. Republic of Congo* (2007) U.S. Dist. Lexis 63115, (S.D.N.Y.) 32, aff'd *sub nom Cleary Gottlieb Steen* & *Hamilton v. Kensington International Ltd.* (2008), U.S. App. Lexis 13812 (2nd Cir. 1 July 2008), where a motion was granted against a reputable U.S. law firm which attempted to dissuade a non-party witness from attending a post-judgment deposition.

[34] *Stephan Wilske*, Arbitration Guerrillas at the Gate – Preserving the Civility of Arbitral Proceedings when the Going gets (Extremely) Tough, Austrian Yearbook on International Arbitration (2011) (Beck & Stämpfli), 319-320.

[35] *Stephan Wilske*, Arbitration Guerrillas at the Gate – Preserving the Civility of Arbitral Proceedings when the Going gets (Extremely) Tough, Austrian Yearbook on International Arbitration (2011) (Beck & Stämpfli), 319.

[36] *Günther J. Horvath, Stephan Wilske, Harry Nettlau* & *NiamhLeinwather*, Categories of Guerrilla Tactics, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International *Arbitration* (2013) (Wolters Kluwer), 15.

[37] *Günther J. Horvath, Stephan Wilske, Harry Nettlau* & *NiamhLeinwather*, Categories of Guerrilla Tactics, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 15

[38] For further examples, see *Stephan Wilske*, Preventing/Employing "Guerrilla Tactics" in Arbitration and Litigation: Are There Technically Legal "Guerrilla-Like" Practices that May Be Used in Arbitration/Litigation?, TDM, Vol. 7 Issue 2, November 2010.

[39] *Günther J. Horvath, Stephan Wilske, Harry Nettlau* & *Niamh Leinwather*, Categories of Guerrilla Tactics, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration(2013) (Wolters Kluwer), 4.

the challenging party.[40] Attempting to obstruct the arbitral proceedings with parallel court proceedings in jurisdictions which are obviously not competent but are prepared to grant anti-arbitration injunctions is another typical example of such abuse of procedural safeguards.[41]

2. Rise of the Arbitration Guerrilla Phenomenon – Mounting Evidence

In his 2014 Seoul Arbitration Lecture, *David W. Rivkin* mentioned that in recent years he had witnessed increasing instances of conduct such as producing requested documents at the last minute, making excessive requests for document disclosure, failing to truly depict a client's availability for hearings, obtaining frivolous anti-arbitration injunctions, making frivolous challenges against arbitrators, introducing new arguments belatedly, filing criminal proceedings against party officers or counsel, tampering with witnesses, submitting incorrect translations and making knowingly false assertions.[42]

In order to determine whether the discussion around guerrilla behavior is based on anecdotal reports or represents a real systemic problem in international arbitration, a review of available evidence of guerrilla behavior must be considered. From a historical point of view, guerrilla behavior presumably emerged around the same time arbitration was born,[43] but the evidence of a pattern of such behavior in the modern arbitration era appears to mount in the 21st century.[44]

David W. Rivkin's anecdotal report is consistent with the results from two surveys conducted by international arbitration practitioners; in 2010, *Edna Sussman* and *Solomon Ebere* conducted a survey in order to determine the frequency of the guerrilla phenomenon. They found that 68% of the people who took the survey reported to have encountered tactics and even proceeded to provide examples.[45]

---

[40] *GüntherJ. Horvath, Stephan Wilske* & *Niamh Leinwather*, Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 42.

[41] *GüntherJ. Horvath, Stephan Wilske, Harry Nettlau* & *NiamhLeinwather*, Introduction to Guerrilla Tactics in International Arbitration, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 14.

[42] *David W. Rivkin*, Ethics in International Arbitration, 2014 Seoul Arbitration Lecture, International Dispute Resolution Center (9 December 2014).

[43] Acts such as attempts to bribe in arbitration existed even in times of Greek mythology, which tells the tale of Aphrodite abducting Helen to give to Paris of Troy, who was acting as sole arbitrator in a dispute over a golden apple. This of course would later lead to the Trojan War. For further information see *Robert Pfeiffer* & *Stephan Wilske*, The Emergence of the Guerrilla Tactics Phenomenon in International Arbitration, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 16, 17. For a modern case of unethical behavior, such as forgery of documents, see *Qatar v Bahrain* Judgment of 16 March 2001 (Merits), ICJ Reports 2001, 40.

[44] See references in *Stephan Wilske*, Sanctions Against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion? 8(2) Contemporary Asia Arbitration Journal 141, 144–146 (2015).

[45] See references in *Edna Sussman* & *Solomon Ebere*, All's Fair in Love and War – Or is it? Reflections on Ethical Standards for Counsel in International Arbitration, 22 American Review of International Arbitration, 611(2011); *Stephan Wilske*, Arbitration Guerrillas at the Gate – Preserving the Civility of Arbitral Proceedings when the Going Gets (Extremely) Tough, Austrian Yearbook on International Arbitration (2011), 315.

In a survey conducted by *Lucy Reed* and *James Freda*[46] a question was posed to participants in order to identify the frequency in practice of withholding responsive documents. About 70% of the participants reported that "often" or "sometimes" responsive documents were withheld in arbitrations.[47] By failing to provide requested documents, the implicit message that is sent to the opposing party is that those documents simply do not exist. Where this is not the case and the party does in fact have the requested document in its possession, this represents a dishonest act as counsel is attempting to deceive and mislead both the arbitral tribunal and opposing counsel. In many jurisdictions, such misconduct would constitute a breach of counsel›s duty to the court.[48]

C. The Struggle Against Arbitration Guerrilla Behavior and Concomitant Development of Ethical Rules and Norms

The inadequacy and insufficiency of the existing ethical framework prodded the international arbitration community to debate possible solutions. This section attempts to crystallize the major efforts in the struggle against arbitration guerrilla behavior which gained momentum in 2010, and the developments in the ethical rules and standards which took place thereafter.

This section considers the four key eras of the movement against unethical behavior in the arbitration world. Na8mely, the commencement of the anti-guerrilla crusade (**II.C.1**), the introduction of the IBA Guidelines (**II.C.2**), the response to date by arbitral institutions (**II.C.3**), and the reception of these initiatives by the international arbitration community (**II.C.4**).

1. The Commencement of the Anti-Guerilla Crusade

In March 2009, the International Bar Association (hereinafter "**IBA**") announced that its upcoming conference in Buenos Aires would deal with the topic *'Ethics in Arbitration for Counsel and Arbitrators'*. The conference involved a discussion on a host of issues ranging from counsel conduct vis-à-vis opposing counsel, client and the tribunal, sanctions available against counsel and arbitrators, and the need for a global code of ethics.[49]

Independently, on 12 and 13 February 2010, the issue of "Guerrilla Tactics" essentially made its debut as a topic of academic discussion at the Vienna Arbitration Days in the graveyard slot of Friday afternoon and was met with an astoundingly receptive audience. Around the same time, the issue of ethics in international arbitration was also being discussed by the American Bar Association who queried

---

[46] This survey was conducted by a team of researchers at the ICCA Miami Congress on issues ranging from demographics to burden of proof in international arbitration.

[47] *Lucy Reed* & *James Freda*, Maxwell Lecture: After ICCA Singapore, After ICCA Miami: The Next Questions, 30(1) ICSID Review10, 19 (2015).

[48] See for example, Law Council of Australia, Model Rules of Professional Conduct and Practice (2002) rr 14.1, 14.2; Legal Profession (Solicitors) Rule 2007 (Qld, Australia) rr 14.1, 14.2.

[49] *Janet Walker*, Ethics in Arbitration for Counsel and Arbitrators, IBA Legal Practice Division, 14 Arbitration Committee Newsletter, 10, 11 (2009).

whether Model Rules were adequate to address questions of ethics in the international arbitration setting.[50]

In November 2010, the success of the Vienna Arbitration Days lead to the discussion continuing at the ICC Austria Interdisciplinary Fora titled *"Guerrilla Tactics in International Arbitration & Litigation – A Fine Line How to Counter and Employ"*. The outcomes of this conference were published in the special edition Transnational Dispute Management Vol. 7 Issue 2 (November 2010). This publication highlighted the increasing importance of the need for development in ethical standards in international arbitration and ignited discussions amongst theorists and practitioners in arbitration circles.

In 2012, during his address at the International Council for Commercial Arbitration in Singapore, Singapore's then Attorney-General *Sundaresh Menon* expressed dissatisfaction with the prevailing state of ethical standards in international arbitration, and called for a uniform set of ethical standards that would cut across the differing landscapes of legal systems across the globe.[51]

In May 2012, the British Chapter of the Spanish Arbitration Club held a seminar on the question of ethics in international arbitration.[52] The seminar dealt with four different topics, namely (i) ethical rules for counsel, (ii) whether a code of ethics is needed in international arbitration, (iii) the role of the tribunal in dealing with unethical conduct by parties or counsel, and (iv) ethical standards for arbitrators.

In 2013, the New York State Bar Association hosted the 2013 New York Global Law Week, which dealt with *"The Ethics of International Practice"* and *"Ethics in International Arbitration and Litigation: Views from the Bench and Bar"*. The discussion revolved around the application of ethics to international practice in addition to those applicable in the U.S. Following suit, late in that same year, the New York International Arbitration Center organized a seminar and a Live Webinar on the topic *"Ethics in International Arbitration, Really?"*[53] to discuss counsel misconduct in international arbitration and the possible strategies that might be employed to address such behavior.

In October 2013, the ABA Section of International Law discussed, *inter alia*, the topic "Addressing Abuses in International Arbitration' and stated that "*the integrity and sustainability of the arbitral process is of paramount importance to arbitrators, practitioners and end users and that it is incumbent on those in the international*

---

[50] See, Preliminary Issues Outline, ABA Commission on Ethics 2020 (19 November 2009) poses the questions: *"Do the Model Rules adequately address ethical issues relating to international arbitration?"*, *"What, for example, should be the ethical rules that govern a U.S. lawyer engaged in an arbitral proceeding in another country where the governing law is not U.S. law?"* and *"Should it matter whether the lawyer's client is or is not a U.S. person or entity?"*, 6, 7.

[51] ICCA Congress 2012, Opening Plenary Session, "International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere), 17. *Menon* proposed as a *"relatively straightforward and minimally invasive first step… to develop a code of conduct and practice to guide international arbitrators and international arbitration counsel". Sundaresh Menon* is meanwhile Singapore's Chief Justice.

[52] London: Common and Civil Law Approaches to Ethics, Global Arbitration Review (12 June 2012), (http://globalarbitrationreview.com/article/1031400/london-common-and-civil-law-approaches-to-ethics) (Accessed 11 July, 2017).

[53] See https://nyiac.org/events/past-events/.

arbitration community… to ensure that the process is not only fair, but also seen and perceived to be fair."[54]

2. The Development of IBA Guidelines

In May 2011, the then *IBA Principles on Conduct for the Legal Profession* which enshrine the principles based on which international legal practice is to be conducted were adopted.These principles took into account the national professional rules from states throughout the world, *Basic Principles on the Role of Lawyers*[55] and the *Universal Declaration of Human Rights*. Nonetheless they were articulated as general principles and provided little or no guidance specific to international arbitration. For example, Principle 3 relating to Conflicts of Interest provides that a "*A lawyer shall not assume a position in which a client's interest conflict with those of the lawyer, another lawyer in the same firm, or another client, unless otherwise permitted by law, applicable rules of professional conduct, or if permitted by client's authorization.*"

In 2008, the IBA's *Task Force on Counsel Conduct in International Arbitration* (hereinafter "**IBA Task Force**") was constituted. The mandate of the IBA Task Force was to focus on issues of counsel conduct and party representation in international arbitration that are subject to, or informed by, diverse and potentially conflicting rules and norms.[56]

In 2010, the IBA Task Force commissioned a survey to arbitration practitioners regarding counsel ethics in international arbitration.[57] The aim of the survey was to discern "*the different and often contrasting ethical and cultural norms, standards and disciplinary rules*" that may apply to counsel in international arbitration.[58] On the basis of the survey results, the task force proposed draft guidelines to the IBA Arbitration Committee's officers in October 2012. The Committee reviewed the draft guidelines and consulted with experienced arbitration practitioners, arbitrators and institutions after which the draft guidelines were then submitted to all members of the IBA Arbitration Committee for consideration. Finally, the IBA Council adopted the IBA Guidelines in a resolution of 25 May 2013.[59]

The publication of the IBA Guidelines provoked substantial debate about their usefulness and desirability, in particular by some Swiss arbitration practitioners who

---

[54] ABA Section of International Law, 2013 Fall Meeting (15-19 October 2013), (https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2013/10/section_of_internationallaw2013fallmeeting/abasil_2013fall_onsitebrochure_website.authcheckdam.pdf) (Accessed 13 July 2017).

[55] Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana (Cuba), 27 August to 7 September 1990.

[56] *Peter Ashford*, The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, (Cambridge University Press) (2016).

[57] See in general *William Rowley* QC, Guerrilla Tactics and Developing Issues, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 27-29.

[58] *William Rowley* QC, Guerrilla Tactics and Developing Issues, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 27-29.

[59] London: Common and Civil law Approaches to Ethics, Global Arbitration Review (12 June 2012), (http://globalarbitrationreview.com/article/1031400/london-common-and-civil-law-approaches-to-ethics) (Accessed 11 July, 2017).

adopted a position of sometimes irritatingly fundamental opposition to the IBA Guidelines and even the underlying concept itself.[60]

The key provisions of the IBA Guidelines provide that:

- Counsel must identify themselves to the other party and the arbitral tribunal, particularly where there has been a change in representation. The arbitral tribunal has the power to take appropriate measures in case a change in party representation causes a conflict of interest with an arbitrator (Guidelines 4–6);
- *Ex-parte* communications between parties and arbitrators, except those made in order to determine their "*expertise, experience, ability, availability, willingness and a potential conflict of interest*", are prohibited (Guidelines 7 and 8);
- Counsel may not make false statements to arbitrators. In the event counsel later learns of a statement to be false, they are to promptly correct it, subject to countervailing considerations of confidentiality (Guideline 9–11);
- A representative should also not submit a witness or expert evidence which they know to be false (Guideline 23).

Perhaps most notably, the IBA Guideline 26 lists remedies for misconduct available for the arbitral tribunal, in the form of admonishment, drawing inferences, factoring misconduct while making cost allocations and any other appropriate measure in order to preserve fairness and integrity of the proceedings. The inherent power to preserve fairness and integrity confers upon the tribunal a wide power to tailor a remedy appropriate to the situation on a case by case basis.[61]

In the wake of the newly released guidelines on party representation, on 28 June 2013, the IBA Arbitration Committee held their White Night conference entitled "*International Arbitration at Crossroads – Is There a Coming Backlash?"* in St Petersburg, Russia dealing with the topic "*Best Practices and Rules of Conduct in International Arbitration*".[62]

In February 2014, for the first time, the IBA during its 17th Annual International Arbitration Day, attempted to gather whether the IBA Guidelines had proved to be successful and concluded that wherein several key issues pertaining to counsel and arbitrator ethics were discussed. The conference gathered the guidelines were still relatively new and that the performance results of the guidelines would become clear in the coming years.

---

[60] See *Felix Dasser*, A Critical Analysis of the IBA Guidelines on Party Representation, in: Christoph Müller, Antonio Rigozzi & Sébastien Besson (eds.), New Developments in International Commercial Arbitration (2014) (Schultheiss) 63, 87; *Elliott Geisinger*, ASA President's Message, Counsel Ethics in International Arbitration – Could one Take Things a Step Further, 32 ASA Bulletin, 453–457 (2014); See also *Elliott Geisinger*, "Soft Law" and Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate on Counsel Ethics in International Arbitration, in: Daniele Favalli (ed.), The Sense and Nonsense of Guidelines, Rules and Other Para-regulatory Texts in International Arbitration, ASA Special Series 37, 17–32; *Michael Schneider*, President's Message: Yet another Opportunity to Waste Time and Money on Procedural Skirmishes: The IBA Guidelines on Party Representations, 31 ASA Bulletin 497 (2013).

[61] *Stephan Wilske*, Sanctions Against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion?, 8(2) Contemporary Asia Arbitration Journal 141, 160 (2015).

[62] IBA Arbitration Committee, International Arbitration at Crossroads – Is there a coming backlash?, (28 June 2013) (https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2013/03/St-Petersburg-Arbitration-2013-programme.pdf) (Accessed 12 July 2017)

3. Institutional Initiatives

In July 2014, the London Court of International Arbitration (hereinafter "**LCIA**") introduced "*General Guidelines for the Parties' Legal Representatives*" as an Annex to the new LCIA Rules. This was the first time that guidelines pertaining to the actions of counsel and party representatives were mandatory in nature.

Key provisions of the Annex include:

- Counsel should not engage in activities intended unfairly to obstruct the arbitration (Paragraph 2);
- Counsel should not jeopardize the finality of the award, including repeated challenges to an arbitrator's appointment or to the jurisdiction or authority of the arbitral tribunal known to be unfounded by that counsel (Paragraph 2);
- Counsel should not knowingly make any false statement to the arbitral tribunal or the LCIA Court (Paragraph 3);
- Counsel should not knowingly procure or assist in the preparation of or rely upon any false evidence presented to the arbitral tribunal or the LCIA Court (Paragraph 4);
- Counsel should not knowingly conceal or assist in the concealment of any document (or any part thereof) which is ordered to be produced by the arbitral tribunal (Paragraph 5);
- Counsel should not make deliberate ex-parte contact with a member of the arbitral tribunal or the LCIA Court (Paragraph 6);
- Sanctions such as written admonishments, cautions and measures required to preserve the general conduct of the proceedings may also be imposed by the arbitral tribunal in accordance with Article 18.6. (Paragraph 7).

It is arguable that it was the introduction of these LCIA rules which provided the catalyst for the other institutions to take action.

In January 2016, the Australian Centre for International Commercial Arbitration's (hereinafter "**ACICA**")[63] revised rules came into effect. The new rules address counsel conduct. Rule 8.2 provides that each party is obliged to use its best endeavors to ensure that their legal representatives comply with the *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* prevailing at the time of commencement. The new rules also make a reference to *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* and *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.

In November 2016, Nigeria launched a new arbitration Centre in Lagos: Lagos Chamber of Commerce International Arbitration Centre (hereinafter "**LACIAC**"),[64] incorporating the LACIAC's rules which are considered to be in line with international best practice, as they integrate the *IBA Guidelines on Party Representation* as well as the *IBA Guidelines on Conflicts of Interest*.

---

[63] *Gerhard Wegen* & *Stephan Wilske*, Introduction, in: Gerhard Wegen & Stephan Wilske (eds.), Getting the Deal Through – Arbitration 2017, 7, 14.

[64] *Gerhard Wegen* & *Stephan Wilske*, Introduction, in: Gerhard Wegen & Stephan Wilske (eds.), Getting the Deal Through – Arbitration 2017, 7, 12.

Further, in December 2016, the Shenzhen Court of International Arbitration's (hereinafter "**SCIA**")[65] revised arbitration rules entered into effect. The revisions include the introduction of a provision on "bona fide cooperation" of parties and their representatives (Article 6), which means that legal counsel must act in good faith and cooperate with each other so as to ensure that proceedings are fair and efficient. If the provision is breached by causing delays or other procedural misconduct, the tribunal has the authority to impose sanctions. The rules however do not specify these sanctions; instead they authorize tribunals to determine adequate measures.

On 1 March 2017, the ICC released a note to parties and arbitral tribunals which communicates the updates from the ICC policies on the conduct of the arbitration under the ICC Rules of Arbitration.[66] Under internal "Section IV", the note states that tribunals, parties and their representatives are expected to abide by the highest standards of integrity and honesty. The note further endorses the IBA Guidelines on Party Representation by encouraging parties and arbitral tribunals to draw inspiration from the guidelines and adopt them where appropriate. The note also contains a provision pertaining to the prohibition of ex-parte communications between arbitrators and party representatives.

4. The Industry Response

In September 2014, ASA's then President *Elliott Geisinger*, in his regular ASA President's Message titled "*Counsel Ethics in International Arbitration – Could One Take Things a Step Further?"* acknowledged that the issue of party representation and counsel ethics had become a hot topic in international arbitration evidenced by intense academic activity, multiplication of conferences and public calls for regulation. He further delivered his impressions on the newly released IBA Guidelines on Party Representation and LCIA Guidelines on Parties' Legal Representatives which he referred to as the IBA/ LCIA approach. He stated that arbitral tribunals and arbitral institutions are not the appropriate authority to apply and enforce sanctions for ethical misconduct. Instead, he advocated for the creation of a council constituting of appointees from associations of arbitration professionals such as ICCA, ASA, IBA, CIArB, IBA and major institutional arbitration bodies such as LCIA, ICC, Swiss Chambers, AAA, SCC, SIAC, and HKIAC – the so-called Global Ethics Council[67] – who should have the main power to apply the rules of professional ethics.[68] This is in continuation with the earlier critique of the *IBA Guidelines on Party Representation*

---

[65] *Gerhard Wegen* & *Stephan Wilske*, Introduction, in: Gerhard Wegen & Stephan Wilske in Getting the Deal Through – Arbitration 2017, 7, 13.

[66] International Court of Arbitration, *ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules of Arbitration,* (1 March 2017) (https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf) (Accessed 16 July 2017).

[67] For a very critical review of this newly envisaged institution which runs counter to the usual Swiss complaints about overregulation: *Stephan Wilske*, Sanctions Against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion?, 8(2) Contemporary Asia Arbitration Journal, 141, 164-166 (2015).

[68] *Elliott Geisinger*, ASA President's Message, Counsel Ethics in International Arbitration – Could one Take Things a Step Further, 32 ASA Bulletin, 453-457 (2014); See also *Elliott Geisinger*, Soft Law and Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate on Counsel Ethics in International Arbitration, in: Daniele Favalli (ed.), Sense and Non-sense of Guidelines, Rules and Other Para-regulatory Texts in International Arbitration, ASA Special Series No. 37, 17-32.

issued by *Michael Schneider* in 2013 following a position that the Swiss Arbitration Association has maintained over a long time.[69]

Save for the response from the Swiss arbitration community, the *IBA Guidelines on Party Representation* and the *LCIA Guidelines on Parties' Legal Representatives* have garnered widespread support throughout the community. In December 2014, *David W. Rivkin* stressed that the *IBA Guidelines on Party Representation* and the *LCIA Guidelines on Parties' Legal Representatives* help level the playing field in the international arbitration practice which is devoid of a concrete universal ethical standard. He highlighted that despite the differences between common and civil law traditions, some degree of minimum standards can be arrived at. He also disagreed with the idea proposed by *Elliott Geisinger* stating that the creation of a separate Global Ethics Council as suggested by *Geisinger* is unnecessary because the arbitral tribunal is the most well equipped entity to deal with instances of ethical misconduct coupled with their inherent power to preserve the integrity of its proceedings.[70]

The IBA Guidelines found further support when in June 2015 Singapore's Attorney General, *Vijaya Raja* called for a "*universally accepted transnational code of ethics for arbitration, representing common sense principles which bind all lawyers, like the duty to act honestly*." He added that the *IBA Guidelines on Party Representation* were not a complete answer, because they only apply to the extent that parties adopt them, but they are a step in the right direction.[71]

In March 30, 2016, the interest stirred by the *IBA Guidelines on Party Representation* and the *LCIA Guidelines on Parties' Legal Representatives* continued when the Institute for Transnational Arbitration and the American Society of International Law (ASIL) sponsored a conference to explore ethical obligations of advocates in international arbitration and the future of regulating counsel conduct.[72]

Recently, on 16 September 2016, the IBA Guidelines and Rules Subcommittee published a "*Report on the Representation of the IBA Arbitration Soft Law Products*". The Report reviewed, *inter alia,* the *IBA Guidelines on Party Representation* and presented results on the frequency and the extent of their utilization. The survey reported that out of the 1358 arbitrations that raised the issue of counsel conduct, the *IBA Guidelines on Party Representation* were referred to in only 218 instances.

---

[69] See in general *Michael Schneider*, President's Message: Yet another Opportunity to Waste Time and Money on Procedural Skirmishes: The IBA Guidelines on Party Representations, 31ASA Bulletin 497 (2013).

[70] *David W. Rivkin*, Ethics in International Arbitration, 2014 Seoul Arbitration Lecture, International Dispute Resolution Center (9 December 2014).

[71] *Cf.Alison Ross*, Singapore AG Shares Vision of a Less Adversarial Future, 24 June 2015, Global Arbitration Review, http://globalarbitrationreview.com/article/1034558/singapore-ag-shares-vision-of-a-less-adversarial-future (Accessed 11 July 2017) (summarizing the speech of Vijayah Raja).

[72] *Charles Rosenberg* & *M. Imad Khan*, Who Should Regulate Counsel Conduct in International Arbitration? Kluwer Arbitration Blog (April 18, 2016), http://kluwerarbitrationblog.com/2016/04/18/who-should-regulate-counsel-conduct-in-international-arbitration/(Accessed 7 July 2017).

III. POSSIBLE FUTURE ROLE OF ARBITRAL INSTITUTIONS IN SAFEGUARDING ETHICS

The IBA and LCIA developments have set a notable example of how ethical regulation of counsel conduct might be envisaged. Several other arbitration institutions have followed suit. In this section, the author predicts and calls for a greater involvement of arbitral institutions in the regulation of counsel conduct in international arbitration.

The ethical obligations applied in international arbitration should reflect and be modeled on the institution itself and, in particular, the role of the lawyer therein.[73] In order to enable arbitral tribunals to deal effectively with guerrilla tactics, better support by arbitral institutions is required. In the following, some possible activities are described where arbitral institutions could further develop their role in providing a level playing field for all parties in an arbitration, thereby preserving the integrity of the proceedings.

A. Adjusting Arbitral Rules in Order to Install Some Ethical Minimum Standards

Institutions are in a good position when it comes to incorporating ethical standards within the rules of arbitration. Needless to say, their role in overlooking counsel conduct is likely to play a critical role in ensuring that unethical behavior is stamped out in arbitration.[74]

Arbitral institutions could come up with a certain code of minimum ethical rules and obligations and oblige the parties, their counsel, experts and witnesses to comply with this code. In particular, arbitral institutions might support regulation of counsel conduct by formulating rules pertaining to the behavior of counsel. These rules should empower arbitral tribunals to discipline counsel with sanctions such as possible exclusion from the proceedings when counsel engages in unethical behavior.[75] With respect to counsel, an arbitral institution could easily provide that parties in arbitrations under its rules may only be represented by counsel who has assured the institution that he or she intends to comply with these rules. It would be tough for counsel to argue that a prohibition to forge documents, deliberately mislead the arbitral tribunal or harass witnesses would unreasonably restrict his or her (maybe even constitutionally protected) rights.

An alternative way forward may be for the arbitral institutions to endorse the *IBA Guidelines on Party Representation*, which would in turn ensure greater uniformity. However, bearing in mind the past hesitancy of the arbitral institutions towards the

---

[73] *Sam McMullan*, Holding Counsel to Account in International Arbitration, 24(2), Leiden Journal of International Law, 491, 501 (2011).

[74] *William Rowley*, Guerrilla Tactics and Developing Issues, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 25.

[75] *William Rowley*, Guerrilla Tactics and Developing Issues, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 25; *Stephan Wilske*, Sanctions Against Counsel In International Arbitration – Possible Desirable or Conceptual Confusion? 8(2) Contemporary Asia Arbitration Journal, 141,154–156 (2015).

IBA Guidelines on Conflicts of Interestin International Arbitration, expectations of complete acceptance should not be too high.

B. Reputational Sanctions

Reputational sanctions for a misbehaving counsel might be a novel tool in institutional arbitration. However, the author is aware of at least one example. Article 41 of the Chinese Arbitration Association (hereinafter **"CAA"**) Arbitration Rules provides that tardy arbitrators might be announced in the CAA's publication.[76] Such shaming sanction could also be used vis-á-vis arbitration guerrillas, *i.e.* by public announcement of the names of misbehaving counsel on the arbitration institution's webpage or in its publications. An arbitration guerrilla could also be reprimanded by the arbitral institution which, for a certain period of time, would require the misbehaving counsel to notify the arbitral institution prior to an appearance.

C. Monetary Sanctions

Monetary sanctions, perhaps by way of cost sanctions, can also provide a useful power to curb unethical counsel behavior. If counsel has subscribed to the rules of an arbitral institution and this institution provides for sanctioning power, the arbitral institution should have power to sanction arbitration guerrillas. For example, an arbitral tribunal may take into consideration unreasonable behavior by a party when determining an allocation of costs; this could include the award being separately rendered against counsel and parties.[77]

D. Temporary Suspension or Blacklisting of Counsel

One very powerful sanction for arbitral institutions could be to bar counsel for a certain period of time from participating in arbitrations administered by the institution,[78] a sanction that is not unusual in the U.S. with respect to appearances before state institutions such as the SEC.[79] Such a sanction could be immensely efficient. Arguably counsel would avoid finding him – or herself in a precarious situation in which he or she would be required to tell clients that he or she cannot personally represent them in ICC, or ICSID arbitration, or at the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and

---

[76] CAA Arbitration Rules, Article 41.

[77] *Stephan Wilske* & *Sarah Kimberley Hughes*, Arbitration Guerrilla Tactics and Minimum Ethical Standards in International Arbitration – Light on the Horizon or a Sisyphean Exercise, in: BeataGessel-Kalinowskavel Kalisz (ed.), The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration, Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski (2015), 225, 240.

[78] *Günther J. Horvath*, Stephan Wilske & NiamLeinwather, Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and the Conclusion of the Arbitral Proceedings, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), *Guerrilla Tactics in International Arbitration* (2013) (Wolters Kluwer), 47.

[79] *Hagit Elul*, Guerrilla Tactics and How to Counter them in National Litigation – Experiences from the Commonwealth System, *Guerrilla Tactics in International Arbitration* (2013) (Wolters Kluwer), 118, 127.

Industry (hereinafter '**ICAC**'), because of a current suspension due to misconduct in previous proceedings.[80]

While such targeting of arbitration guerrillas may not currently be on the agenda, it might enter the agenda soon, as the issue of a "blacklist" is starting to be discussed, at least for arbitrators.[81]

IV. CONCLUSION AND OUTLOOK

The role of ethics, and in particular the question of control over misbehaving counsel, is fast becoming one of the most important issues in international arbitration.[82] The author still recalls his first encounter with an arbitration guerrilla, where a seasoned practitioner from a well-known U.S. law firm with offices all over the globe, noted that he is allegedly only aware of one rule in international arbitration: "*There is no rule in international arbitration*." This obviously has never been true. Regulation has been a topic in international arbitration over the last years and decades and will be a topic for the future.

Regulating or even sanctioning the conduct of counsel is certainly one of the "modern challenges" which are being tackled at the celebration of the 25th anniversary of the ICAC at the Ukrainian CCI on 14 September 2017. It is unlikely that the push for greater regulation will become obsolete in the coming years; rather, it is predicted that it will remain on the "watch list" or even on the "to do list" of the international arbitration community.[83]

In order to maintain the independence, legitimacy and effectiveness of the international arbitration system, it is crucial to establish certain minimum standards of ethical regulation.[84] However, a measured response is required to ensure that any interference with the industry does not result in the overregulation of counsel's conduct. Any interference should ensure that it is able to properly deal with the issues of unethical behavior while maintaining the autonomy that a seasoned arbitration counsel should be afforded. Critics of any form of regulatory interference state that this would only serve to increase the number of procedural disputes between parties, as both sides are likely to point to instances of unethical behavior as part of their proceedings.[85] On the

---

[80] *Günther J. Horvath*, Stephan Wilske & Niam Leinwather, Countering Guerrilla Tactics at the Outset, throughout and the Conclusion of the Arbitral proceedings, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.) Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013), 47.

[81] Interview of *Gerold Zeiler* with *Manfred Heider*, Disputes Yearbook, 68–69 (2014); and interview of Martin Burkhardt with Rainer Füeg, 60–61 mentioned in *Stephan Wilske*, Sanctions Against Counsel In International Arbitration – Possible Desirable or Conceptual Confusion? 8(2) Contemporary Asia Arbitration Journal,154 (2015).

[82] *Stephan Wilske*, The Current State of Ethics in International Arbitration, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 30–31.

[83] See, *e.g.*, Annotated Provisional Agenda, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), 63d Sess., (7–11 September, 2015), 4, U.N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP.198 (2015) (considering the preparation of "code of ethics/conduct").

[84] *Catherine Rogers*, Guerrilla Tactics and Ethical Regulation, in: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds.), Guerrilla Tactics in International Arbitration (2013) (Wolters Kluwer), 313, 340.

[85] See generally *Ugo Draetta*, The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulating and Bureaucratization, 33(2) ASA Bulletin327 (2015) and *Michael E. Schneider*, The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and Other Methods Intended to Help International Arbitration

one hand, this concern seems slightly exaggerated to this author. On the other hand, this author would rather prefer a debate on what exactly constitutes unethical behavior instead of ignoring or even tolerating unethical behavior.

This author is hopeful that in the coming years, the role of arbitral institutions will be crucial in enforcing the current standard either by way of reference to the *IBA Guidelines on Party Representation* or developing their own standards like the *LCIA Guidelines on Parties' Legal Representative*.

This however should only be seen as the first step; while the 2013 *IBA Guidelines on Party Representation* are a significant development in the area of ethical regulation, they remain a voluntary standard. The *LCIA Guidelines on Parties' Legal Representatives* being hinged to the LCIA Arbitration Rules are the first mandatory standard. The LCIA approach has paved the way for other institutions including the ACICA, SCIA, ICC and the LACIAC to refer to ethical standards within their arbitration framework. It is not impossible to find fault in them but being a first step, they are a valuable tool to "deal with jerks"[86] and those who prefer "playing tennis without the net".[87]

Arbitral institutions are encouraged to improve their regulatory framework and tailor it towards the demands of arbitration practice. This is relevant not only in the context of the "guerrilla phenomenon" but newer emerging ethical issues as well.[88] If enacting the standards is not immediately possible, they should be encouraged to put the issue on their agenda in order for some concrete steps to be taken in the near future. The role of arbitral institutions will be crucial in this regard because so long as they do not step in, the responsibility of enforcing some standards is left to the tribunals alone.[89] Therefore, an ideal outcome would be for a concerted effort to take place between arbitral institutions and the arbitral tribunals, minimizing the need for creation of new entities.

A "carrot and stick" approach to regulating unethical behavior is perhaps most effective; arbitral institutions can implement guidelines and rules that govern unethical behavior with a view to set a standard by which counsel, and presumably arbitrators, are to comply. While the benefit to parties will flow when all those involved comply with such rules and guidelines, in order to incentivize counsel to comply with these standards, there must also be sanctions in place which properly address any

---

Practitioners to Avoid the Need for Independent Thinking and to Promote the Transformation of Errors into "Best Practices", in: Laurent Lévy & Yves Derains (eds.), Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff (2011) 563. For a historical review of the complaint of overregulation see *Pierre Lalive*, De La FureurRéglementaire, ASA Bulletin 213–219 (1994).

[86] *Mark A. Drummond*, Dealing with Jerks: What Goes Around Comes Around, 37(1) Litig. News 18(2011); see also *Andra B. Greene*, No Good Deed Goes Unrewarded: Why Professional Courtesy Advances your Client's Cause, 39(1) Litig. Magazine 28 (Winter 2013).

[87] *Stephan Wilske*, Internationalization of Law in Arbitration: A Way to Escape Procedural Restrictions of National Law?, in: Nedim Peter Vogt (ed.), Reflections on the International Practice of Law: Liber Amicorum for the 35th Anniversary of Bär & Karrer (2004) (Helbing und Lichtenhahn), 257, 259 (by referring to an article of *Laurence Shore*, Three Evidentiary Problems in International Arbitration: Produce the Adverse Document, Listening to the Document that does not Speak for Itself, and Seeing the Witness through her Written Statement, schiedsvz 2004, 76.

[88] *Catherine Rogers*, Ethics in International Arbitration, (Oxford University Press) (2014), 167.

[89] See in general *Steven Bennett*, Who Is Responsible for Ethical Behavior by Counsel in Arbitration, 63(2) Dispute Resolution Journal, 45 (2008).

non-compliance. These ought to target either counsel's purse or, as discussed above, the counsel's reputation by publicly reporting that there has been a finding of misconduct.

The author is convinced that the famous Ukrainian academician and arbitrator *Igor Pobirchenko* would also have considered a strive for more integrity as counting towards the *'number of positive achievements'*[90] which he further wanted to increase. At this point, the remark of the leading contemporaneous English philosopher and guitar player *Keith Richards* is certainly correct that *"[t]he bus is still rolling… you can't get off this machine, except when the wheels fall off."*[91] Indeed, there is *"some hope"*[92] that the arbitration community is moving towards the right direction – maybe even in a trial and error fashion – thereby leaving behind the idea that arbitration dwells in an ethical no man's land.

[90] *Igor Pobirchenko*, Arbitration in Ukraine, (17), European Business Law Review 429 (2006).

[91] *Jessica Pallington West*, What Would Keith Richards Do? Daily Affirmations from a Rock'n'Roll Survivor, (2009), 141.

[92] See part 3 of the Patrick Melrose Series by *Edward St Aubyn*, an English author and journalist. *Lindsay Duguid* described *Some Hope* as a "*short, rather shortwinded novel which veers precariously between being too self-indulgent and too cynical*", Independent, Saturday, 9 July 1994, http://www.independent.co.uk/arts-entertainment/book-review-what-a-swell-party-that-was-some-hope-edward-st-aubyn-heinemann-pounds-1399-1412828.html (accessed 18 July 2017).

ОТКАЗ ОТ ПРАВА НА ОСПАРИВАНИЕ[93] АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Е.В. Блинов, В.О. Мазуренко[94]

Вступление

Очень часто стороны арбитражных соглашений отказываются от права оспаривать арбитражные решения в государственных судах. Это позволяет им минимизировать неопределённость, связанную с непредсказуемостью исхода судебного пересмотра, в особенности в тех юрисдикциях, которые традиционно считаются неблагоприятными для арбитража. Сокращая процедуру и длительность разбирательства, стороны также экономят время и денежные расходы. Подходы национальных судов к толкованию и применению таких соглашений об отказе довольно различны, что связано с проблематикой самого института отказа от процессуального права на оспаривание арбитражных решений. Проблематика происходит от дуализма между автономией воли сторон и необходимостью обеспечения государством минимальных гарантий справедливого разбирательства: с одной стороны, признавая механизм альтернативного разрешения споров, государства гарантируют сторонам максимальную гибкость и автономность; с другой стороны, одной из главных целей создания института арбитража является обеспечение справедливого разрешения споров, чего невозможно достичь при отсутствии судебного контроля за соблюдением фундаментальных процессуальных прав и гарантий. В связи с этим, отсутствие унифицированного подхода даже среди развитых юрисдикций в контексте арбитража вполне объяснимо.

Среди развитых юрисдикций можно наблюдать существенные различия в подходах: от возможности отказа от пересмотра на абсолютно любых основаниях за исключением юрисдикции (Швеция, Швейцария, Бельгия, Франция и др.) до запрета отказа от оспаривания в связи с отсутствием юрисдикции, нарушениями процессуального и материального права. Например, законодательство США этот вопрос не регулирует, но в судебной практике некоторых штатов недействительным считается отказ от оспаривания на всех предусмотренных законом основаниях, а в других – только на основании нарушений процедуры и отсутствия юрисдикции. В Англии стороны могут отказаться от пересмотра арбитражных решений только в связи с очевидными нарушениями материального права, но не могут отказаться от права на оспаривание арбитражных решений на основании процессуальных и юрисдикционных нарушений. В России до недавней реформы международного арбитража на законодательном уровне позволялся отказ от пересмотра на любых основаниях только решений

---

[93] В контексте данного термина авторы считают его синонимичным терминам «пересмотр» (рус.), “challenge” (англ.), “review” (англ.).

[94] **Е.В. Блинов** – партнер EternaLaw, **В.О. Мазуренко –** младший юрист EternaLaw

третейских судов, однако судебная практика принимала аналогичный подход и в отношении международного арбитража.

Анализируя зарубежную судебную практику в части применения соглашений об отказе от оспаривания арбитражных решений, необходимо учитывать два фактора. Во-первых, действительность отказа от права определяется законом юридического места арбитражного разбирательства (*seat of arbitration*). Во-вторых, даже в случае признания отказа от права на оспаривание действительным, последнее не препятствует должнику заявлять аналогичные возражения в рамках производства по принудительному исполнению арбитражного решения.

В Украине институт отказа от процессуальных прав почти не исследован. В отличие от таких стран, как Англия, Франция, Российская Федерация в Украине стороны судебного разбирательства не могут отказаться в договорном порядке от пересмотра судебного решения[95]. Наиболее близкий аналог этого института в украинском законодательстве содержится в статье 347 Гражданского кодекса Украины (отказ от права собственности), который, впрочем, не может быть полностью применен в порядке аналогии закона или права.

Способы выражения отказа от права на пересмотр арбитражных решений

Теоретически, стороны могут отказываться как от уже реализованных процессуальных прав, так и от прав, которые небыли реализованы, но предоставляются стороне согласно применимому закону или условиям договора. Отказ от оспаривания арбитражных решений, соответственно, может быть выражен до возникновения спора, в течение арбитражного разбирательства или после его завершения. По своей форме отказ может быть выражен как договор, так и в форме одностороннего заявления и/или конклюдентного действия.

Отказ от еще нереализованного права (то есть до возникновения спора) может быть совершен только в письменной форме, по сути становясь составляющей частью арбитражного соглашения. Письменная форма подразумевает, среди прочего, отдельное условие в договоре или ссылку на документ, содержащий соответствующее условие (который не обязательно должен быть подписан)[96]. Примером последнего может служить ссылка на арбитражный регламент, предусматривающий отказ сторон от права на оспаривание арбитражного решения по тем или иным основаниям. Например, статья 26.8 Регламента Лондонского Международного Третейского Суда[97], статья 35(6) Регламента Международной Торговой Палаты в редакции 2017 г.[98] предусматривают отказ сторон от права

---

[95] І.В. Кирилюк, «*Процесуальне значення відкликання апеляційної скарги та відмови від неї в адміністративному судочинстві України*», Судова апеляція. – 2015. – №4. – С. 6–12, 8.

[96] В качестве примера широкого толкования понятия письменной формы, см. статью 5 английского Закона об арбитраже 1996 года.

[97] Текст Регламента на русском доступен на сайте:
http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

[98] Текст Регламента на русском доступен на сайте: http://iccbooks.ru/upload/free_publications/icc_rbitration_rules.pdf

на оспаривание арбитражных решений в той мере, в которой это позволяется законодательством страны юридического места разбирательства. Однако, существует мнение, что отказ от права на оспаривание выходит за пределы предмета регулирования арбитражных регламентов. Например, комментатор Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ г-н Сандэрс отмечает, что пределы действительности соглашения об отказе от оспаривания арбитражных решений в любом случае устанавливаются законодательством юридического места разбирательства, а не арбитражными регламентами. Поэтому сторонам следует выражать свой отказ от права либо непосредственно в договоре, либо путем ссылки на применимый закон[99].

Во многих случаях, утверждая о наличии соглашения об отказе от права на оспаривание, стороны могут ссылаться на общие стилистические формулировки в арбитражном соглашении (оговорке). Учитывая существенные юридические последствия отказа сторон от оспаривания арбитражных решений, национальные суды часто трактуют соответствующие арбитражные оговорки узко. Как будет указано ниже, в ряде юрисдикций существует практика, согласно которой для исключения «существенных» оснований для оспаривания (к «существенным основаниям» традиционно относят юрисдикционные и процессуальные нарушения) стороны должны заявить об этом прямо и недвусмысленно (например, Швейцария, Швеция, США). Общая ссылка на арбитражные правила (а не на их отдельную статью) в таком случае будет недостаточной. При этом, в некоторых юрисдикциях к отказам от оспаривания на основании нарушений материального права применяется более низкий стандарт доказывания относительно факта такого волеизъявления. В таких случаях ограничение пределов судебного контроля будет действительным даже при общей ссылке на арбитражный регламент или указании, что арбитражное решение является окончательным и не подлежит оспариванию (см. ниже касательно Швеции и Англии).

Отказ от права на оспаривание арбитражного решения после его вынесения (*expostfacto*) может быть выражен в письменной форме или путем совершения конклюдентных действий/односторонних заявлений. Например, отказ на основании отсутствия юрисдикции арбитража может быть выражен в виде отсутствия возражений касательно полномочий состава арбитража принимать спор в целом или отдельный вопрос к рассмотрению[100]. Соответственно, в юрисдикциях, где отказ от оспаривания на основании юрисдикционных нарушений наперед невозможен (например, в Англии, Франции и др.), такой отказ, тем не менее, допускается после возникновения соответствующего основания (*expostfacto*).

Ниже мы постараемся проанализировать ключевые позиции судебной практики толкования и применения соглашений об отказе от права на оспаривание арбитражных решений.

---

[99] Sanders P. The Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules (August 2009) (доступен на сайте: www.arbitration-icca.org/media/4/68730030694881/media012520481290330piet_sanders_uncitral_comments.pdf). P43.

[100] См., например, ч. 2 ст. 34 Шведского Закона об арбитраже 1999 г. и статью 74 Английского Закона об арбитраже 1996 г.

Нарушение процессуальных гарантий в ходе арбитражного разбирательства

Отказ от оспаривания решений на основании нарушений процедуры (например, нарушения принципа процессуального равенства сторон) означает, по сути, существенное ограничение конституционного права на справедливый судебный процесс, гарантированный, среди прочего, статьей 6 Европейской конвенции о защите фундаментальных прав человека 1950 г. (далее – «Европейская конвенция»)[101]. Функции судов должны быть направлены на обеспечение соблюдения базовых стандартов правосудия. Согласно Европейской конвенции, «правосудие» ограничивается гарантированием справедливой процедуры и не охватывает правильное разрешения спора по существу. Этот подход нашел своё отражение, например, в Англии, где стороны могут исключить пересмотр арбитражных решений только на основании неправильного применения материального права (ст. 69 английского Закона об арбитраже 1996 г.). Во Франции и Швеции законодательство даже не предусматривает возможность оспаривания решений арбитражных судов в связи с неправильным разрешением спора по существу.

В качестве полезного указателя списка базовых гарантий правосудия можно обратиться к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года (с изменениями от 2006 г.)[102] (далее – «Типовой закон ЮНСИТРАЛ»), который предусматривает следующие процессуальные и юрисдикционные основания для отмены арбитражных решений:

- сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве либо по другим причинам не могла представить свои аргументы;
- отсутствие юрисдикции рассматривать спор или отдельные вопросы в пределах спора, а также превышение составом арбитров своего мандата;
- состав арбитража или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон[103].

В законодательстве стран, где Типовой закон ЮНСИТРАЛ оказал существенное влияние, предусматриваются похожие, но не идентичные основания. Например, в Швейцарии первый пункт охватывается более широкой категорией соблюдения процессуального равенства сторон[104], а во Франции – требованием соблюдения справедливой процедуры (le principe de la contradiction, dueprocess)[105].

---

[101] Статья 6 Европейской конвенции гласит: «*1. Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях […]имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.[…]*» Авторы исходят из того, что право не может быть эффективным при отсутствии механизмов его защиты. См. также J C Landrove, "*European Convention on Human Rights*" *Impact on Consensual Arbitration*' in Besson et al "Human Rights at the Center" Geneva, Zurich, Schultess (2006) 73-101.

[102] С русским текстом можно ознакомиться по ссылке: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf

[103] Абз. 1 ч. 2 ст. 34 Типового Закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже.

[104] Статья 190 Швейцарского Федерального Закона о международном частном праве

[105] Статья 1520 Гражданского кодекса Франции

Законодательство Швеции не основывается на Типовом законе ЮНСИТРАЛ и, среди прочего, предусматривает следующее основание:

- без вины оспаривающей стороны, имели место процессуальные нарушения, которые «вероятно» могли повлиять на решение[106].

Сфера действия этого основания шире требования о соблюдении процессуального равенства сторон или справедливой процедуры[107]. Сторона, однако, не может ссылаться на процессуальное нарушение, если она, зная о нем, продолжала принимать участие в арбитражном разбирательстве[108].

Законодательство всех трех стран позволяет сторонам отказываться от права на оспаривание арбитражных решений[109] на основании процессуальных нарушений. В Швейцарии и Швеции суды требуют от сторон четкого и недвусмысленного выражения такого отказа. Ни общие положения об окончательности арбитражного решения, ни общая ссылка на арбитражные правила, предусматривающие отказ от оспаривания арбитражных решений на основании процессуальных нарушений, не считаются достаточными[110].

Водном из известных судебных прецедентов в Швеции[111] стороны сослались на Регламент МТП 1955 г., который предусматривал, что, соглашаясь на применение Регламента, стороны отказываются от права каким-либо образом оспаривать арбитражное решение, в той мере насколько это разрешено законом[112]. Верховный Суд Швеции подтвердил возможность заключать подобные соглашения (дело рассматривалось до того, как соответствующее право было закреплено в законе). При этом суд постановил, что сама по себе договоренность о применении арбитражного регламента не является прямым выражением воли сторон на отказ от права, ввиду чего соответствующий отказ был недействительным.

В Швейцарии одна из первых формулировок арбитражного соглашения, в котором суд признал действительным отказ от оспаривания арбитражных решений, была прописана следующим образом: «*Все и любые решения или предписания арбитров … являются окончательными и обязательными для сторон, которые исключают все и любые права обжаловать все и любые решения, в*

---

106 Статья 34 Шведского Закона о международном арбитраже 1999 г. Английский перевод доступен на сайте: http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf

107 D Kolkey, "Attacking Arbitral Awards: Rights of Appeal and Review in International Arbitrations" The International LawyerVol. 22, No. 3 (Fall 1988), pp. 693-715, 710.

108 Статья 34 Шведского Закона о международном арбитраже 1999 г.

109 Статья 1522 Закона о международном коммерческом арбитраже Франции, статья 192 Федерального Закона о международном частном праве Швейцарии, статья 51 Закона об арбитраже Швеции.

110 С.А. Терешкова, «Соглашение об отказе от права на оспаривание решения международного арбитража: российский подход к его толкованию в перспективе международной практики» (13) *Вестник международного коммерческого арбитража* 2016, с. 88-98, 93-94.

111 Дело *Solel Boneh International ltd., Water Resources Development (International) Ltd. V the Republic of Uganda and the National Housing and Construction Corporation of Uganda*. Supreme Court of Sweden, 18 April 1989, no So 203 // XVI Yearbook of Commercial Arbitration. 1991. Vol. XVI. P. 606-611.

112 Статья 29(2) Регламента МТП 1955 г. Имела следующее содержание: *"[b]y submitting their dispute to ICC arbitration, the parties undertake to carry out the subsequent award without delay and waive their right to any form of appeal, insofar as such waiver may be valid*".

той мере насколько такие исключения разрешены законом»[113]. При определении того, достаточно ли точно стороны выразили свою волю, среди прочего, Федеральный Суд Швейцарии обратил внимание на использование множественного числа («*все и любые права обжаловать*»)[114]. В дальнейшем, этот же суд отказывался признавать действительными соглашения об отказе от права, содержащие такие формулировки, как «*спор должен быть окончательно разрешен*», «*решение окончательно и оспариванию не подлежит*» и «*обращение в государственные суды исключено*»[115].

Ввиду того, что отказ от права на пересмотр арбитражных решений на основании грубых процессуальных нарушений является чрезвычайным средством, в этом вопросе обычно автономия воли сторон ограничивается законом – действительность отказа будет зависеть от того, предусмотрена ли такая возможность в законодательстве. Например, законодательство Италии[116], Португалии[117], Греции[118] и Румынии[119] напрямую запрещает отказ сторон от права на обращение с заявлением об отмене арбитражных решений. В случаях, когда национальный закон не регулирует этот вопрос, стороны, вероятно, не смогут избежать судебного контроля в пределах, предусматриваемых законом. Однако, и в этом правиле есть исключения: выше уже упоминался прецедент Верховного Суда Швеции. Примером другого исключения является судебная практика США.

Закон о федеральном арбитраже США 1925 г. определяет следующие процессуальные нарушения, которые могут служить основанием для оспаривания арбитражного решения:

- решение было получено посредством коррупционных или иных ненадлежащих действий или обмана;
- имела место очевидная пристрастность или коррумпированность арбитров;
- нарушение процессуальных прав одной из сторон;
- превышение полномочий составом арбитров.

В деле, рассматриваемом в контексте признания и исполнения решения «внутреннего» арбитража[120], предметом рассмотрения было соглашение, предусматривающее, что споры в связи с договором будут решаться определенным специалистом (главным бухгалтером), «*решение которого касательно этих вопросов будет обязательным и окончательным для обеих сторон и не подлежащим любого вида пересмотру или апелляции*». Суд определил, что «*свобода договора, как и любая другая свобода, имеет границы, и ссылка [истца] на федеральную политику*

---

113 Decision of the Federal Tribunal, February 4, 2005, Case 4P.236/2004, BGE/ATF 131 III 173 (ASA Bulletin.2005. Vol. 23. Issue 3. P. 496-519).

114 С.А. Терешкова (см. сноску 17 выше), там же.

115 Там же.

116 Часть 1 статьи 829 Гражданского процессуального кодекса Италии.

117 Часть 1 статьи 28 Закона об арбитраже Португалии.

118 Статья 900 Гражданского процессуального кодекса Греции.

119 Статья 361-1 Гражданского процессуального кодекса Румынии.

120 *Hoeft III v MVL Group Inc*, 343 F.3d 57, 63 (2d Cir. 2003)

способствования арбитражу игнорирует несколько ключевых предположений, лежащих в основе такой политики. Частично, именно потому, что арбитражные решения подлежат минимальному пересмотру, федеральные суды так сильно поддерживают арбитражный процесс […] Арбитражные решение не исполняются сами по себе […] Поэтому, когда мы ранее говорили в общем смысле о поддержке арбитражных оговорок, мы всегда это делали с осознанием предохранительного механизма в виде признания или отмены арбитражных решений […]» Далее суд постановил, что, принимая Федеральный закон об арбитраже, Конгресс определил минимальные, но необходимые гарантии, в частности учитывающие важность и гибкость арбитража, но в то же время не позволяющие федеральным судам санкционировать решения, опороченные несоблюдением элементарной процессуальной справедливости, коррупцией или похожими нарушениями. Согласно подобной логике, если исключить контроль и дискрецию государственного суда, его функция будет сводиться к простому механическому санкционированию арбитражных решений.

Законодательство Англии прямо запрещает сторонам отказаться от пересмотра арбитражных решений на основании отсутствия юрисдикции или существенного нарушения процедуры[121]. Существенные нарушения процедуры могут состоять из следующего:

- превышение составом арбитров своих полномочий;
- арбитражная процедура не соответствовала соглашению сторон;
- состав арбитров не рассмотрел все вопросы, заявленные стороной;
- неопределенность или неясность в отношении результата решения;
- вынесение решения в результате коррупционных или иных действий, нарушающих публичный порядок или
- нарушение требований касательно формы решения; или нарушение процедуры, которое признанно составом арбитров или другой институцией, наделенной сторонами полномочиями касательно разбирательства или решения.

Подход российских судов существенно отличается от вышеописанного тренда[122]. Главные различия состоят в том, что, во-первых, простое указание сторонами соглашений об окончательности арбитражных решений толкуется как действительный отказ от оспаривания на любых основаниях и, во-вторых, общая ссылка на арбитражные правила, содержащие положение об отказе, считается достаточно конкретным выражением воли сторон.

Федеральный закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» (в редакции 2016 г.) предусматривает, что *«[в] арбитражном соглашении, предусматривающем администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, стороны своим прямым соглашением могут*

---

[121] Статьи 67 и 68 английского Закона об арбитраже 1996 года.

[122] Для более детальной информации см. *L Guglya, "Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development Globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (Different Beds – Similar Dreams?)"* Доступно на http://ssm/com/abstract=2260561

предусмотреть, что арбитражное решение является окончательным. Окончательное арбитражное решение не подлежит отмене» (статья 34 Закона). Еще до того, как этот вопрос был урегулирован в законе (до 2016 г. похожее положение содержал Федеральный закон РФ «О третейских судах»), суды толковали такие формулировки арбитражных оговорок как «решение арбитров является окончательным для сторон» в качестве действительного соглашения об исключении оспаривания решения[123]. А, например, в деле *Энерго-Холдинг*[124] суды сочли действительным исключающее соглашение, которое было выражено путём ссылки на Регламент Рижского Международного третейского суда.

Неправильное применение материального права

Как было указано выше, правильность применения закона к существу спора не является частью фундаментального права на справедливое разрешение спора[125]. Экономию времени и расходов сторон, как преимущество арбитража, можно считать дополнительным аргументом в пользу признания окончательности арбитражных решений в той мере, которой они касаются материально-правовых аспектов спора. Передавая рассмотрение споров в арбитраж, стороны соглашаются принимать решения арбитров и доверять их авторитету. Поэтому не является необычным то, что большинство развитых юрисдикций относятся к отказам от пересмотра арбитражных решений на этом основании либерально. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает подобного пересмотра и, как было указано выше, ситуация аналогична в юрисдикциях, где Типовой закон оказал существенное влияние на национальное законодательство (напр., Швейцария, Франция).

При рассмотрении соглашений об отказе от оспаривания на этом основании суды руководствуются относительно низким стандартом доказывания в части четкости волеизъявления. Типичная формулировка, содержащаяся как в арбитражных правилах, так и в арбитражных оговорках, о том, что арбитражное решения является окончательным и обязательным для исполнения, обычно считается именно исключением пересмотра на основании неправильного применения материального права.

Статья 69 Закона Англии об арбитраже дает сторонам возможность отказаться от пересмотра на основании нарушения материального права. Но даже без четкого отказа (который также может выражаться путем ссылки на арбитражные правила), случаи пересмотра на этом основании очень редки,

---

[123] Пункт 9 информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. №96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов». См. также Определение об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ от 22 декабря 2008 г. №16125/08 *(NorthernLinen)*, Определение об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ от 29 декабря 2009 г. №ВАС-15525/09 *(Газпром Экспорт)*.

[124] Постановление ФАС Московского округа от 19 мая 2014 г. по делу №А40-152349/13-25-935.

[125] В контексте Европейской Конвенции действие ст. 6 направлено на гарантирование справедливости процедуры и легитимности судебного органа, но не на правильное разрешение спора по существу.

учитывая высокий порог доказывания такого нарушения: сторона должна убедить суд либо в том, что решение арбитров было «очевидно неверным», либо в том, что вопрос применения права имеет общественную значимость и решение, как минимум, является спорным (абзац (c) ч. 3 ст. 69 Закона), при этом суд всегда сохраняет дискрецию. Редкость случаев успешных пересмотров на этом основании, а также то, что множество арбитражных оговорок его исключают, стало с недавнего времени предметом горячей дискуссии в профессиональных кругах Англии. Так как сегодня огромное количество коммерческих споров с применением права Англии рассматривается именно в международных коммерческих арбитражах, решения которых не являются общественно доступными, по мнению некоторых английских судей, это тормозит развитие английской правовой системы, для которой эволюция прецедентов является органически важной[126].

Возможность пересмотра арбитражных решений на основании грубых нарушений материального права *(manifest disregard of law)* не закреплена в Законе о федеральном арбитраже США 1925 г., а происходит из прецедентов[127]. Суды США не придерживаются одинаковой позиции касательно того, могут ли стороны отказаться от пересмотра арбитражных решений на этом основании.

В деле *Communications Consultantv Nextel Communications of the Mid Atlantic*[128] суд решил, что, в принципе, стороны могут отказаться от пересмотра на основании ошибок в применении материального права, если они достаточно четко это выразили. В этом деле в арбитражной оговорке было указано, что «*решение арбитров будет окончательным и не подлежащим пересмотру на основании ошибки в применении права или любого юридического анализа и может исполняться в любом суде, имеющем юрисдикцию над сторонами*». В противовес этому решению, в деле, цитированном выше,[129] одна из сторон оспаривала решение именно на основании неправильного применения права. Суд решил, что отказаться от такого права невозможно в принципе.

Выводы

На сегодняшний день подходы национальных судов к вопросу о действительности отказа сторон от пересмотра арбитражных решений можно разделить на три категории. К первой категории относятся юрисдикции, где стороны не вправе отказаться от гарантированных оснований для пересмотра. В основу такого подхода возлагается судебный контроль над арбитражными решениями, заключающийся в обеспечении права на справедливый судебный процесс *(dueprocess)*. По мнению судов, именно эти минимальные, но критически

---

126 Lord Thomas of Cwmgiedd, "*Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration*" Доступно на: http://www.bailii.org/bailii/lecture/04.pdf

127 *Greenberg v Bear, Stearns* & *Co*, 220 F. 3d 22, 26-27 (2d Cir. 2000)

128 2005 WL 1634319 (3d Cir. 2005).

129 *Hoeft III v MVL Group Inc*, 343 F.3d 57, 63 (2d Cir. 2003)

важные, гарантии соблюдения основных стандартов разбирательства обеспечивают «проарбитражную» политику судов.

Второй подход состоит в том, что государство позволяет отказаться от абсолютно любых оснований пересмотра без исключений. Нужно принимать во внимание, что даже такой либеральный подход учитывает, что соблюдение справедливой процедуры является фундаментальным правом человека, которое гарантируют государства (это не распространяется на случаи, когда сторона отказывается от оспаривания *expostfacto*). В связи с этим, для целей отказа от пересмотра требуется прямое, четкое и недвусмысленное волеизъявление сторон, поскольку общей ссылки на арбитражный регламент недостаточно.

Согласно третьему подходу, основания для пересмотра разделяются на более и менее существенные. К первым относятся нарушения процедуры и юрисдикции, ко вторым – неправильное применение материального права. Первая категория является пределом, от которого стороны не могут отказаться, в то время как они могут это сделать в отношении менее существенных оснований для пересмотра арбитражного решения.

АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И ДОКТРИНА «КОМПЕТЕНЦИИ-КОМПЕТЕНЦИИ»: СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ

Академик, проф. д-р ***Мирко Васильевич,***
Проф. д-р ***Александр Чирич***[130]

1. Введение

Международный торговый арбитраж рассматривает спор между сторонами, только при наличии арбитражного соглашения. Оно является конституционным актом подсудности арбитражного органа, предпосылкой и условием компетенции арбитража. На основании действия арбитражного соглашения спор изымается из компетенции национальных государственных судов общей и специальной юрисдикции и, одновременно, подвергается юрисдикции коммерческого арбитража. При его наличии, стороны арбитражного соглашения не могут уклониться от передачи спора на рассмотрение арбитража, как третейского суда. Однако договорная природа коммерческого торгового арбитража предопределяет многочисленные вопросы, которые решительно влияют на существование его юрисдикции как судебного органа. Так, юрисдикция самого арбитража может быть оспорена на основании недействительности арбитражного соглашения, чьи причины, например, могут связаться с недееспособностью сторон, или с несоответствием арбитражного соглашения установленной форме.

Один из центральных вопросов, происходящий из договорной природы арбитража как судебного органа, касается дилеммы: имеет ли этот орган право самостоятельно решать вопрос существования, или отсутствия, своей собственной компетенции в каждом конкретном споре между сторонами арбитражного соглашения? В связи с этим, имеется в виду полномочие арбитража:

а) утверждать факт существования арбитражного соглашения и

б) самостоятельно и окончательно решить спор между сторонами в связи существования его собственной компетенции.

Центральный вопрос нашего анализа касается права арбитража принимать окончательное и самостоятельное решение о своей юрисдикции по конкретному арбитражному делу, если об этом расходятся мнения сторон. Иными словами, имеет ли арбитражный орган, вопреки оспариванию его юрисдикции, право

---

[130] **Мирко Васильевич** – Председатель Постоянного арбитража при Хозяйственной палате Сербии, в Белграде; Арбитр МКАС при ТПП Украины; Профессор Юридического факультета государственного Университета в г. Белград, Сербия; Председатель Ассоциации юристов в хозяйстве Республики Сербии.

Александр Чирич – Заместитель председателя Постоянного арбитража при Хозяйственной палате Сербии, в Белграде; Арбитр МКАС при ТПП Украины; Профессор Юридического факультета Университета г. Ниш, Сербия, Член Правления Ассоциации юристов в хозяйстве Республики Сербии.

Статья является результатом работы в рамках Проекта Н0-179046 Министерства образования, науки и технологического развития Республики Сербии.

самостоятельно принимать решение по поводу собственной компетенции, под резервом последовательного судебного контроля.

Решение арбитража о собственной компетенции, в современном арбитражном праве, подлежит пересмотру со стороны государственного суда, в процессе обжалования или приведения к исполнению арбитражного решения, по существу спора.

Полномочие международного коммерческого арбитража на самостоятельно решение вопроса его собственной компетенций, особенно в случае, когда его подсудность оспаривает одна из сторон в споре, в современной юриспруденции встречается под названием право на «компетенцию – компетенции», или право на «компетенцию по поводу компетенции».

До начала рассмотрения арбитражного спора, арбитражный орган имеет права предварительно решить вопрос своей компетенции, в каждом конкретном случае. В практике это не вызывает отдельные серьезные трудности, если не идет речь об оспаривании подсудности арбитража. Но, если возражение против компетенции арбитража высказывается в утверждении, что арбитражное соглашение является недействительным, речь идет об оспаривании существования конституционного арбитражного акта, и об оспаривании права на принятие решения, по существу спора, в конкретном случае. В связи с тем, задается вопрос: кто вправе решать данный спор: арбитраж, или государственные судебные органы? В практике международных торговых арбитражных органов возникали противоречия и различные взгляды о самом характере арбитражного соглашения. По понятиям, которые сегодня превалируют, если арбитраж придет к выводу, что возражение об его компетенции не имеет основания, он приступает к принятию решения о сути предметного спора. Право арбитража решать вопрос своей собственной подсудности стало принципом в современной практике международных торговых арбитражных органов. Однако, дилемма о позволении применения принципа «компетенции-компетенции» не освобождает современное арбитражное право других многочисленных вопросов, в связи которых практика и теория требуют четкий ответ.

2. Арбитражное соглашение как конституционный акт компетенции арбитража

Арбитражное соглашение является волеизъявлением сторон о передаче арбитражу всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними, в связи с конкретным договорным коммерческим правоотношением. Как известно, оно может быть заключено в рамках основного договора, получившего название арбитражной оговорки (компромиссорная оговорка), или в виде отдельного соглашения, которое часто называется третейской записью (компромисс).[131]

[131] Об этом: M. Vasiljević, Pedesetgodina Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privredno j komori Jugoslavijeu Beogradu, Međunarodna privredna arbitraža, stanje i perspektive, Zbornik referata, Beograd, 1997, стр. 5-6, а также и: М. Васиљевић, Трговинско право, Београд, 2012, стр. 74.

«Отделимость» и «самостоятельность» арбитражного соглашения, с одной стороны, и принцип «компетенции – компетенции», с другой стороны, в дискурсе юриспруденции арбитражного права, часто называются краеугольным камнем международного коммерческого арбитража. Связанные, эти две доктрины, максимизируют эффективность международного коммерческого арбитража. Каждый из принципов возникает из-за автономности арбитражного соглашения.[132]

Правила «компетенции-компетенции» и автономности арбитражного соглашения тесно взаимосвязаны, поскольку при отсутствии автономности соглашения, арбитры не могли бы решать вопрос своей компетенции в случаях, когда сторона заявляет о недействительности договора.[133]

Арбитражное соглашение является плодом двух автономных воль, выражаемых частными субъектами, не зависящего при его принятии от какого-либо третьего лица, включая и государство. Соглашение можно определить как заключенный, между сторонами коммерческого отношения, отдельный договор о передаче возможных споров в избранное, по взаимному согласию, негосударственное арбитражное учреждение, или арбитраж *ad hoc*. Таким образом, арбитражное соглашение является юридическим основанием возникновения компетенции международного арбитража. Оно имеет **двойственную природу**: материально-правовую и процессуально-правовую.[134]

Закрепленное волеизъявление сторон обладает позитивным и негативным эффектами.

Первый – позитивный, это пророгационный эффект, пока второй эффект имеет негативное действие – дерогацию.

Пророгационный эффект обеспечивает арбитражному соглашению конституционный характер в отношении компетенции арбитража, пока другой – негативный, влечет дерогацию, как изъятие спора из-под компетенции государственных судов общей и специальной юрисдикции.

Арбитражное соглашение представляет юридический акт, влекущий за собой изменение подведомственности для рассмотрения правового спора частноправового характера, что ему, а и самому арбитражу, кроме договорного, придает и судебный элемент.[135]

Компетенция арбитров принять решение о своей компетенции, определенна естественной границей международного коммерческого арбитража, состоящей из

---

[132] J. M. Graves, Y. Davydan, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Chapter 8 – "Competence-Competence and Separability-American Style", Edited by S. Kroll, L.A. Mistelis, et. al. p. 157. http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi

[133] G.B. Born, International Commercial Arbitration. Vol. 1. "Wolters Kluwer", 2009 p. 881.

[134] См.: M. Vasiljević, op. cit. str. 6-7.

[135] См.: Сборник – Международный коммерческий арбитраж в Украине – законодательство и практика, общая редакция **академик, проф. д-р И. Г. Побирченко,** председатель МКАС и МАК при ТПП Украины, Киев, 2000, стр. 152, Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, стр. 1–2. Об этом: **Т.Г. Захарченко,** Заслуженный юрист Украины, заместитель председателя МКАС и МАК при ТПП Украины: Обязательность арбитражного соглашения: доктрина и судебная практика, доклад, II международные арбитражные чтения памяти академика **И.Г. Побирченко,** Киев, 13 сентября 2014.

споров коммерческо-делового характера. При разрешении споров, которые по своей природе не являются коммерческими, трудно говорить о предполагаемой «компетенции-компетенции». Один из аргументов в пользу этой позиции состоится в том, что стороны в спорах делового и коммерческого характера, более или менее, находятся в равноправном положении. Между ними нет «более слабой стороны», вследствие чего предполагается существование общей компетенции арбитража. В спорах, у которых очевидно, что одна из сторон имеет неравноправное положение, по сравнению с другой стороной, компетентность трибунала должна быть ограничена. Такие подходы поддерживаются решениями национальных судов отдельных стран. Так, например, Верховный суд Франции в 2011 году, Решением постановил, что принцип «компетенции-компетенции» не относится к делу в отношении трудовых споров, в соответствии со статьей L. 1411-4 французского Процессуального кодекса, который предусматривает эксклюзивную компетентность Специального трибунала по трудовым спорам (Conseildesprud' hommes).[136]

3. Характеристики применения доктрины «компетенции-компетенции» в сравнительном арбитражном праве

3.1. Напоминания общего характера

В литературе подчеркивается, что «компетенция – компетенции» представляет полномочие арбитража принять решение о собственной компетенции, ограниченное резервом последующего судебного пересмотра принятого решения (нем. *Kompetenz-Kompetenz;* фр. *Competense de competense*).[137]

Отсутствие подсудности арбитража является одним из правовых оснований ничтожности окончательного арбитражного решения. Таким способом, с одной стороны, арбитражному органу, уже с самого начала арбитражного производства, полагаются в появлении серьезные последствия возможной ошибки при оценке собственной компетенции, а с другой стороны, в связи с этим, дается возможность удовлетворения определенного уровня правовой защиты интереса заинтересованной стороне в споре.[138]

Доктрина «компетенции – компетенции», получившая свое обозначение в германской правовой системе имеет, в настоящее время, весьма широкое распространение в законодательстве, в юриспруденции и в практике.

Конспект «компетенции-компетенции» не всегда был широко принят в национальных законодательствах. В долголетней судебной и арбитражной практике, принцип дожил своеобразную **эволюцию**. Было необходимо существование выраженного согласия сторон о полномочии трибунала на его право самостоятельного разрешения вопроса о собственной юрисдикции. Кроме того,

---

136 См.: Nebout v Deloitte, Cour de cassation, Chambre Sociale, 30 November 2011.

137 A. Goldštajn, S. Triva, Međunarodna trgovačka arbitraža, "Informator", Zagreb, 1987, str. 504.

138 Об этом: A. Chyrich (A. Ćirić), The Right of International Commercial Arbitration to Resolve the Issue it's of own Jurisdiction, «Law of Ukraine", Kyiv, 2/2011, p. 112.

в ходе арбитражного процесса стороны в споре могли оспорить такой вид юрисдикции трибунала.

Если арбитры заключат, что спор подлежит их юрисдикции, обязательны ли, они, приостановить ход дела, пока вопрос их компетенции не будет окончательно решен в судебном процессе, или они уполномочены продолжать с процедурой. В основе, здесь не идет слово о сути спора, а о процедуре, которая применится с целью его решения.[139]

Имеют ли арбитры полномочие, до рассмотрения предмета спора, принять решение о действительности арбитражного соглашения, которым они назначены арбитрами.[140]

Впрочем, слово не только о праве, а и о времени, о фазе в судебном разбирательстве, принятия решения и о существовании или не существовании подсудности дела в конкретном арбитражном процессе.[141]

3.2. Сравнительный обзор

3.2.1. Короткий исторический взгляд

Можно сказать что, в международной практике как и **в национальных законодательствах**, до половины прошлого века, преобладал почти единственный подход о недозволенности полного применения принципа «компетенции-компетенции».

Из того происходило, что для решения вопроса юрисдикции арбитража, компетентным является государственный суд. В США многие решения федеральных судов, а тоже и судов отдельных государств, были обоснованы на полномочии государственных органов, принимать постановления о существовании и действительности арбитражного соглашения.[142]

Английским арбитрам, формально, не было признано право на утверждение действительности, не только арбитражной оговорки, а и действительности договора, содержащего такое арбитражное соглашение (оговорку). Решение о вопросе действительности контракта, содержащего арбитражную оговорку, принимает суд, а арбитраж имеет право только вынести свою позицию об этом вопросе.[143]

В английской литературе высказывался больше отрицательный, чем положительный подход в ответе на вопрос о праве «компетенции-компетенции».[144] Все-таки, нет дилеммы, что арбитр может решать этот вопрос при условии, что

---

[139] David R., L'arbitrage commercial international en droit comparé, Cours de droit comparé, Paris, 1968-1970.

[140] A. Hollo, travaux du Congres international de l' arbitrage, Revue de l' arbitrage, 1961, No-2, p.69.

[141] Mezger E, Competence des arbitre et indepéndance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européene sur l'Arbitrage Commercial International, Arbitrage Commercial (Eugenio Minoli), Milan, 1974, p. 316. На основании: С.Н. Лебедев, оп. цит, стр. 10.

[142] В деле InteroceanChiping Co, National Shippingand Trade Co, суд стал на позицию, что факт заключения и существования арбитражного договора подтверждается в ходе арбитражного производства. В связи с этим см.: Interocean Shipping Co, National Shippingand Trade Co: А.И. Минаков, Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров, Москва, 1985. стр. 60-61.

[143] Yearbookof Commercial Arbitration, The Hague, v. II, 1977, p. 96.

[144] Schmitthoff's Export trade, The law and practice of international trade, London, "Stevens & Sons", 1990; К. Шмитхофф, Экспорт: Право и практика международной торговли, Москва, 1993, стр. 343.

стороны ему исключительно признали такое право. Суд, в процессе приведения дела к исполнению арбитражного решения, должен оценить и решить – не превысил ли арбитр границу полномочия сторон из компромисса, как самостоятельного арбитражного соглашения, или из компромиссорной оговорки.[145]

Во **Франции** долгое время считали, что сопротивление сторон установить компетенцию арбитров, отдельно из-за неважности арбитражного договора, является препятствием в принятии решения самыми арбитрами. Они были обязанными требовать от государственного суда преюдициальное решение этого вопроса. Вопреки предыдущему отрицательному положению о дозволенности «компетенции-компетенции», Франция одна из первых стран в которой настоящий принцип арбитражного решения приобрел широкое практическое применение.[146] Против нормативных и практических решений, как и мнений теоретического характера, которые оспаривали принцип «компетенции-компетенции», как во Франции, так и в других странах, выдвинуты факты,[147] против возникновения препятствий в работе арбитражных органов. Предыдущая проверка арбитражной компетентности доводит до ненужной утраты времени, средств и отдаления от конструктивной концентрации сил, с целью окончательного решения спора, по существу.[148]

Один вид переходного понятия высказан в позициях, на основании которых арбитраж имеет право оценки о существовании собственной компетенции, только если стороны заключили соглашение с **неограниченной сферой действия**, которым они исключительно договорились, что арбитраж будет решать все возможные споры, происходившие между ними. Поскольку арбитражное соглашение исключительно предусматривает разрешение только отдельных споров, между которым не подчеркнутыми являются и споры о его действительности, возражение об этом, что арбитраж в этой части некомпетентный, считается обоснованным. В таких случаях, вопрос о компетенции арбитража решает государственный суд.[149]

Вопрос о том, может ли арбитражный суд сам принимать решения о своей компетенции, долгое время оставался спорным и в старом **немецком** арби-

---

[145] В деле Dalmia Dairy Industries v. National Bank of Pakistan (1978). 2 Loyd'sRep. 223. Решение суда принято на основании применения права Индии, с констатацией, что в конкретном случае, нормы индийского права являются одинаковым с нормами английского права. См: Schmitthoff, ibidem, стр. 477.

[146] Так, французский Кассационный суд, рассматривая судебное дело Sosiete Impex Sosietez P. A. Z, с 1971 года, подтвердил решение Апелляционного суда, в котором указывалось, что арбитраж компетентный рассматривать вопрос о существовании, или о правомерности арбитражного договора. Как объяснил Кассационный суд, арбитраж обязан решать настоящий вопрос по двум причинам: во-первых, арбитражная оговорка по праву Франции считается самостоятельной и независимой от основного контракта, а кроме того стороны, заключив арбитражный договор доверили арбитражу решать все, между ними, возможные вытекающие споры из контракта. См.: Journal du Droit International, 1972, p. 62; Revue Critique de Droit International Privé, 1972, p. 124.

[147] С. Н. Лебедев, op. cit., стр. 12: F. Klein, Rapport, Revue de 1'Arbitrage, 1961, No. 2, p. 56; Об этом: PH. Fouchard, L'Arbitrage commercial international, Volume II, Dalloz, Paris, 1965, p. 135.

[148] См.: Ж. Сталев, Закон за международния търговски арбитраж, София, 1991. стр. 75; Ч. Големинов, оп. цит. стр. 47.

[149] Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, Illinois, 1968, p. 56-57.

тражно-процессуальном праве (Kompetenz–Kompetenz). Главным аргументом против таких правомочий было предположение о том, что арбитражный суд получает возможность решать даже те вопросы, которые стороны не желают передавать на его рассмотрение. Так, например, если арбитражная оговорка касается, лишь части договора, а другие его части ею не затрагивают, тогда эти другие части рассматривает государственный суд.

Немецкий Гражданский процессуальный кодекс внес ясность в этот вопрос, прямо предусмотрев, в §1040, возможность определения компетенции арбитража им самим. Признание права арбитражу на определение своих правомочий отвечает практическим потребностям арбитражного процесса. Законодатель в п. 3 §1040 закрепил, что арбитраж может продолжать рассмотрение дела и вынести решение, даже если в государственный суд параллельно подан иск о компетенции этого арбитража.[150]

3.2.2. Новые тенденции в источниках национального характера

Суть принципа «компетенции-компетенции», после его начального оспаривания, в современном периоде, опирается на широкое начало об автономии арбитражного соглашения и на автономии арбитражной оговорки в отношении к основному договору.[151]

Право арбитража принимать решение о своей подсудности, и в случае если такая возможность не предусматривается прямо в арбитражном соглашении, или соответствующим правилам процедуры, основано на содержании современной концепции принципа «компетенции-компетенции».

Подведомственность арбитража временем все больше ширилась, конечно, при предпосылке существования арбитражного соглашения. Это относится и к вопросу «компетенции-компетенции», так, что в настоящее время, о праве арбитров решать вопрос своей компетенции, не требуется прямое согласие сторон в споре.[152] Можно считать, что сегодня, этот вид юрисдикции является предполагаемой компетенции арбитража.[153]

Доктрину о предположенной юрисдикции арбитража решать вопрос собственной компетенции, несмотря на то, что такую возможность прямо не предусматривает арбитражное соглашение, либо соответствующие

---

150 А. Амвросов, Noerr Stiefenhofer Lutz, Коммерческий арбитраж в Германии, http://www.hozpravo.ru/assets/files/pdf/2000-01-p.pdf, сайт посещен 28 мая 2017.

151 J. M. Graves, Y.Davydan, "Competence-Competence and Separability American Style", published as Chapter 8 inInternational Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution (2011). p.157, http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?articlescholarlyworks, сайт посещен 25 апреля 2017; Adrien Lele, New York University School of Law, January 15, 2013, Quo Vadis Principle of Competence – Competence? Should Arbitrator Have Always Priority To Rule On Their Own Jurisdiction? Comment On The French Supreme Court Decision of November 30st 2011, p. 1. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract, сайт посещен 02 мая 2017.

152 Об этом более подробно см.: A. Chyrich (A. Ćirić), The Right of International Commercial Arbitration to Resolve the Issue its of own "Jurisdiction, Law of Ukraine", Kyiv, 2/2011, p. 108-118.

153 См.: M. L. Moses, Inherent and implied powers of arbitrators, 2014, p. 2.

правила процедуры, признан и в Докладе Комитета по международному торговому арбитражу, из апреля месяца 2014 года.[154]

3.2.2.1. Одним из исключений, в отношении уже сказанного, является **Федеральный Закон об арбитраже США** (U. S. Federal Arbitration Act – «FAA»), который упускает прямого упоминания этого принципа. С другой стороны, Верховный суд США, через свою практику, разработал учение о «компетенции-компетенции», хотя процесс был довольно медленным. По мнению некоторых авторов, этот принцип, в США, бесспорно, начинается принимать в его «четкие формы», именно через практику Верховного Суда.[155]

Так, в споре Rent-A-Center[156] and Hall Street Assoc. v. Mattel, Inc. [157], Верховный суд США, не только, что подтверждает принцип «компетенции-компетенции», но подчеркивает, что арбитражный суд обладает юрисдикцией для окончательного решения спора по существу, без возможностей последующего судебного контроля самого решения. В других спорах, Верховный суд связывает вопрос «компетенции-компетенции» с вопросом о подсудности спора. По мнению суда, компетенция арбитража устанавливается на основании действительности арбитражного соглашения.

Если бесспорным является факт существования арбитражного соглашения, нет никаких препятствий для рассмотрения арбитражным судом собственной компетенции, потому, что она предполагается. [158]

Верховный суд, в споре AT & T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America,[159] пояснил, что юрисдикция по вопросу подсудности спора лежит на суде, если стороны в споре соответствующего арбитражного соглашения, не предусмотрели иное. В этом случае, юрисдикция арбитража, в связи с решением вопроса его компетенции предполагается. В конкретном споре, Суд занял позицию, что право арбитража, решать вопрос своей компетенции не должно отличаться от его права принять решение по существу спора.

3.2.2.2. Новая судебная практика **Палаты лордов в Лондоне**, представляет собой так называемый ***"fresh start"*** подход, относительно толкования содержания арбитражного соглашения.

Суть подхода *"fresh start"* заключается в выявлении намерений сторон, которые, как рациональные предприниматели, преследуют цель, чтобы все возникающие между ними правоотношения решались одним учреждением. Из этого происходит, что любые исключения определенных правоотношений из юрисдикции арбитража, допустимы лишь при условии четкой договоренности сторон. В частности, при отсутствии такой договоренности сторон о другой

---

[154] The International Law Association's Committee on International Commercial Arbitration (ILA), Washington Conference (2014) http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1034, Committee Documents, Conference Reference, 2014, p. 6.

[155] Jack M. Graves, Yelena Davydan, Competence-Competence and separability – American style (2011). p. 158.

[156] 130 S.Ct. 2772 (2010).

[157] 552 U.S. 576 (2008).

[158] J. M. Graves, Y. Davydan, Competence – Competence and separability – American style (2011). p. 161.

[159] 475 U.S. 643, 649 (1986).

процедуре, невозможно предположить, что стороны намеревались передать все вопросы относительно выполнения контракта в арбитраж, в то время как вопрос действительности и возможности выполнения контракта – в суд. Следовательно, арбитражный суд должен решать все вопросы собственной юрисдикции, включая возражения о действительности арбитражного соглашения, если не существует договоренности сторон о другом.[160]

3.2.2.3. Современное **французское право** создает более благоприятные условия для развития международного коммерческого арбитража. Об этом свидетельствует проведенная реформа, и принятие Декрета от 13 января 2011 г. Декретом были внесены изменения в часть Гражданского процессуального кодекса Франции, регулирующую осуществление правосудия французскими и международными арбитражными судами. В литературе оценивается, что создание благоприятных условий для развития международного коммерческого арбитража выражается, на сегодняшний день, во-первых, в ограничении французскими судьями компетенции при наличии действительного и исполнимого арбитражного соглашения.[161]

В отличие от законодательства большинства стран, в которых принцип компетенции-компетенции принимается в его положительном аспекте, который предусматривает, что арбитраж наделен соответствующими полномочиями относительно решения вопросов собственной компетенции, в законодательстве Франции, он закреплен в отрицательном аспекте. Это означает, что государственный суд обязан объявить об отсутствии у него компетенции в случае наличия арбитражного соглашения. Отрицательный аспект доктрины «компетенции-компетенции» закреплен на законодательном уровне, в результате внесения в 2011 году изменения в ст. 1148 Гражданского процессуального кодекса Франции, положения которое, в силу отсылки статьи 1506 ГПК, применяется также к международному коммерческому арбитражу. Арбитражное соглашение даже не должно быть априори действительным, чтобы исключить компетенцию государственного суда. Оно лишь не должно быть явно недействительным, или явным образом неприменимым: в данном случае имеет место так называемый отрицательный контроль, то есть априорная оценка действительности арбитражного соглашения. В соответствии со сложившейся судебной практикой, недействительность или неприменимость должны быть совершенно очевидны. Судебная практика очень требовательна к этим условиям. Тем не менее, положения ст. 1449-3 ГПК позволяют сторонам обратиться в государственный

---

[160] A. Trukhtanov, Separability of Arbitration Clauseand Jurisdiction, 2008, International Arbitration Law Review, p. 7; Premium Nafta Products Ltd. V. Fili Shipping Co. Ltd., House of Lords, 17 October 2007. Об этом см.: Н. Нота, Определение юрисдикции арбитража, К вопросу об определении юрисдикции международного коммерческого арбитража, «Юридическая практика», №42 (564) от 14/10/08, http://pravo.ua/article.php?id=100095730, сайт посещен 03 декабря 2016 г.

[161] Вторым благоприятным условием для развития международного коммерческого арбитража, считаются изменения относительно контроля, осуществляемом в случае подачи заявления об отмене арбитражного решения, или в случае рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Об этом более подробно: С. Клеинер, de l'Université Paris1, Panthéon Sorbonne, «Французские суды и международный коммерческий арбитраж», Конференция, Москва, 17–18 июня 2013.

суд за обеспечительными мерами при условии, что состав арбитража еще не сформирован.[162]

3.2.2.4. Несмотря на факт, что широко принят в национальных законодательствах, конспект принципа «компетенции-компетенции» не урегулирован унифицированным способом. Французское право, например, этот вопрос, регулирует особым способом, по сравнению с большинством других правовых системах. Принцип не уполномочивает арбитров только принимать решение о своей компетенции (позитивно действие принципа). Он идет шаг вперед и дает арбитражным трибуналам приоритет в отношении государственных судов в связи решения вопроса компетенции. В дискурсе юриспруденции это означается выражением «негативный эффект», или приоритет *de lege prefredia.*[163] Несмотря на то, что в отношении «негативного эффекта» существует спор в теории, основными опорами, этого подхода являются: эффективность; предупреждение злоупотребления процессуальных полномочий и автономия воли. Сильнейшим аргументом такого подхода является защита правовой стабильности.[164]

3.2.2.5. Касательно вопроса о том, **кто** – состав арбитража, рассматривающий спор, или самое арбитражное учреждение, решает вопрос о компетенции, в практике, в основном, заявление об арбитраже оставляется без рассмотрения, если очевидно, что компетенция арбитража отсутствует. Такую норму содержит, например, ст. 7 Регламента **Стокгольмского** арбитражного института, на основании которой такой вывод делается самим Институтом, поскольку на данной стадии состав арбитража вообще отсутствует. По имеющейся информации случаи такого рода в практике Института весьма редки.[165] В этом смысле и пункт 2, ст. 2. Регламента МКАС при ТПП Украины предусматривает, что вопрос о наличии правовых оснований предъявления иска в МКАС решает председатель МКАС при принятии дела к производству. Если очевидно, что рассмотрение предъявленного иска не относится к компетенции МКАС, исковые материалы возвращаются истцу без рассмотрения.

Верховный суд **Швеции** неоднократно указывал, что арбитражное соглашение обладает юридической автономностью по отношению к основному контракту. В то же время до арбитражного разбирательства, или в процессе разбирательства, сторона имеет право обратиться в государственный суд Швеции с иском о признании арбитражного соглашения недействительным. Если суд найдет убедительными доказательства недействительности арбитражного со-

---

[162] Судебная практика Франции пошла еще дальше. Первая палата по гражданским делам, 12 октября 2011 года, исключив компетенцию французских судов по рассмотрению спора о возможности арбитров, постоянно проживающих во Франции, продолжить участие в разбирательстве, поскольку арбитраж, место которого находится за границей, является независимым судебным органом. Как следствие, французский суд не может вмешиваться в процесс. Более подробно см.: К. Клайнер, Школа Права Университета Париж, l'Université Paris 1, Panthéon – Sorbonne, «Французские суды и международный коммерческий арбитраж», Конференция, Москва, 17–18 июня 2013.

[163] *Quo Vadis* Principle of Competence- Competence? Should Arbitrator Have Always Priority To Rule On Their Own Jurisdiction? Comment On The French Supreme Court Decision of November 30st 2011, p. 1.

[164] *Ibidem*.

[165] http://www.sccinstitute.com/

глашения, он выносит распоряжение о запрете проведения арбитражного разбирательства.[166] Это подтверждает ст. 2 Закона Швеции об арбитраже 1999 года, в котором отмечено, что арбитры могут сами решить вопрос о том, находится ли в их юрисдикции рассмотрение того или иного спора. Это не препятствует стороне обратиться в государственный суд по тому же делу. Арбитры могут продолжать рассматривать спор до тех пор, пока не вынесено судебное решение. Несмотря на то, что арбитры в процессе разбирательства дела вынесли решение о своей компетенции разрешить спор, такое решение не является обязательным, если вынесенное арбитражем решение противоречит императивным нормам ст.ст. 34 и 36 указанного Закона. Пункты 1–3 ст. 34 Закона устанавливают, что любое арбитражное решение будет признано недействительным, по ходатайству заинтересованной стороны, если оно вынесено не в соответствии с арбитражным соглашением сторон в споре. Такое последствие предусматривается и если арбитры вынесли решение после истечения сроков, установленных сторонами, или, как-то иначе превысили свои полномочия, т.е. если арбитражное разбирательство не должно было происходить в Швеции.

3.2.2.6. Регламент МКАС при ТПП Украины, в пункте 3 ст. 3 предусматривает, что состав Арбитражного суда вправе вынести постановление по заявлению об отсутствии у МКАС компетенции, указанному в пункте 2 настоящей статьи,[167] или как по вопросу предварительного характера, или в решении по существу спора. Если состав Арбитражного суда вынесет постановление о наличии компетенции МКАС, как по вопросу предварительного характера, любая сторона может, в течение 30 дней после получения этого постановления, оспорить его путем обращения с ходатайством о его отмене в Шевченковский районный суд города Киева, решение которого по этому вопросу не подлежит никакому обжалованию. Пока ходатайство ждет своего решения, состав Арбитражного суда может продолжить разбирательство и вынести арбитражное решение.[168]

Весьма точной оценкой о негативной тенденцией практики, на основании которой увеличилось количество параллельных разбирательств в МКАС и хозяйственных судах на Украине, является мнение председателя МКАС при ТПП Украины, академика Н.Ф. Селивона. По его словам, ранее, как в хозяйственных судах, так и в судах общей юрисдикции, существовала устоявшаяся практика, которая полностью соответствовала положениям ст. 4 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» и Европейской конвенции о

---

166 The Swedish Arbitration Ast of 1999. Official site of the Stockholm Chamber of Commerce in the Internet: www.chamber.se/arbitration/english/laws

167 Пункт 2 . ст. 3: «Заявление об отсутствии у МКАС компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску. Назначение стороной арбитра, или ее участие в назначении арбитра, не лишает сторону права сделать такое заявление.

Заявление о том, что МКАС превышает пределы своей компетенции, должно быть сделано сразу же, как только вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы, будет поставлен в ходе арбитражного разбирательства.

168 Регламент МКАС утвержден Решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины №18(1) от 17 апреля 2007 года с изменениями, внесенными Решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины №24(6) от 25 октября 2012 года.

внешнеторговом арбитраже. Согласно этой практике, суды прекращали производство по делу в случае, когда одна сторона обращалась в государственный суд по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, а вторая против такого рассмотрения возражала, ссылаясь на заключенное арбитражное соглашение.[169] В последние 2–3 года, эта практика начала меняться не в лучшую сторону. Суды со ссылкой на ст. 124, 129 Конституции Украины стали принимать к своему производству и рассматривать споры, в которых предусмотрен другой механизм разрешения спора – арбитраж, даже при наличии возражений ответчика против рассмотрения дела в суде. Вместе с тем такая практика, противоречит статье 55 Конституции, решениям Конституционного суда Украины, международным договорам и законодательству Украины.[170]

3.2.2.7. Перед Постоянным арбитражем при Хозяйственной палате **Сербии**, которая в этом году отмечает 70 лет своего существования, принцип «компетенции-компетенции» традиционно и регулярно применялся в его работе.[171] Арбитраж самостоятельно решает о своей компетенции и в случае, когда она оспорена.[172]

Регламент Внешнеторгового арбитража при Хозяйственной палате Сербии из 2014 года,[173] на основании ст. 11 Регламента, предусматривает право Президиума Арбитража на установление существования арбитражного соглашения, если ответчик оспаривает его существование, или он не ответит на иск. Президиум предварительно утверждает, существует ли в документах, предоставленных со стороны истца, соглашение сторон о компетенции Арбитража.

Когда Президиум, предварительно установит, что в документах, которые истец представил, содержится соглашение о юрисдикции арбитражного суда, процесс продолжается, и даже если другая сторона отказывается от участия в нем.

Решением Президиума не предрешается окончательное решение арбитражного суда, или единоличного арбитра, о существовании и действительности арбитражного соглашения, а также и о юрисдикции арбитражного суда.

Согласно ст. 12. Регламента, если Президиум определит, что в документах, представленных истцом, не содержится арбитражное соглашение, Секретариат Арбитража приглашает ответчика, в течение 30 дней с момента получения приглашения, выяснится, принимает ли он юрисдикцию Арбитража. Если ответчик

---

[169] Об этом и: Т.Г. Захарченко, Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж, Міжнародний комерційний арбітраж в Україні, Теорія та законодавство, «Ін Юре», Київ, 2007, стр. 30–46. Об арбитражном соглашении, как правовой основе передачи спора на разрешение международному арбитражу: М.М. Мальський, Арбитражна угода, теоретичні та практичніаспекти, «Літопис», Львів, 2013, стр. 372.

[170] Н.Ф. Селивон, академик Национальной академии правовых наук Украины, профессор, Председатель МКАС и МАК при ТПП Украины, «Границы вмешательства судов в международный коммерческий арбитраж», 2014, http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rtab040914.pdf

[171] Об этом смотри и: А. Ћирић, Међународна привредна арбитража, стање и перспективе, Београд, 1997, стр. 198. Тоже и:*M. Kalođera, Arbitration as a Method of Setting of the Disputes arrising from Commercial Agrements according to Jugoslav Law*, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, 1968, str. 199.

[172] Статья 15. Регламента Внешнеторгового арбитража при Хозяйственной палате Сербии (*Službenilist SRJ, 52/97; 64/01; "Službeniglasnik RS", 74/04)*,

[173] Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије, «Сл. Гласник», бр. 2/2014.

не реагирует, или отказывает признать юрисдикцию, Секретариат Арбитража уведомляют истца, об отсутствии компетенции Арбитража и определяет сумму компенсации расходов Арбитража, подлежащих вычету из предварительно уплаченной суммы истцом.

Регламент Арбитража при Хозяйственной палаты Сербии из 2014 года, предусматривает, что трибунал должен, в ходе весь процедуры, официально смотреть на подсудность арбитражного спора (ст. 14 Регламента). Закон об арбитраже Сербии,[174] в ст. 14, обязывает государственный суд, которому подан иск по вопросу являющегося предметом арбитражного соглашения, провозгласить собственную некомпетентность на основании заявления одной из сторон об отсутствии его компетенции. При этом сторона должна заявить такое возражение до ее участия в рассмотрении дела. Тоже, арбитражное соглашение, по праву Сербии, можно заключить и после подачи существующего спора государственному суду (ст. 11.Закона об арбитраже).

3.2.2.8. Возможность арбитража решать вопрос о собственной компетенции предусмотрена рядом международных актов.

Европейская конвенция о международном торговом арбитраже с 1961. г. предусматривает: «арбитражный суд, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела, и имеет право сам вынести решение по вопросу о своей компетенции или о наличии или действительности арбитражного соглашения или сделки, составной частью которой это соглашение является. С тем, однако, что указанное решение арбитражного суда может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом суда. Как видно, Конвенция четко[175] принимает принцип «компетенции-компетенции»[176].

На основании ее норм, хотя с резервом судебного контроля предусмотренного по lex fori, арбитр, чья компетенция оспаривается, имеет право продолжить с разбирательством дела и может самостоятельно принять постановление о своей компетенции, решая вопрос существования действительной арбитражной оговорки, или основного контракта, чьей частью она является.

В **Вашингтонской конвенции** 1965 о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, предусмотрено, что арбитраж может сам принять решение о своей компетенции (статья 32 пункт 1). Возражение одной из сторон об отсутствии компетенции Центра (арбитража) по урегулированию инвестиционных споров, для решения в конкретном судеб-

---

[174] «Сл. гласник РС», бр. 46/2006.

[175] Статья 5. пункт 3. Конвенции, Женева, 21 апреля 1961. Югославия подписала Конвенцию 21 апреля 1961 года, а ратифицировала ее 25.09.1963 года и она является составной частью правового порядка Республики Сербии.

[176] Европейская конвенция вступила в силу 7.1.1964, кроме ст. IV, вступившая в силу 18.10.1965: United Nations, New York 1985, Multilateral Treaties deposited with the Secretary – General – Status as at 31. December 1985, p. 744. Об этом и: А. Голдштајн, С. Трива, оп. цит. стр. 337, а так же и: Ph. Fouchard, L'Arbitrage commercial international, V. II, Dalloz, Paris, 1965, p. 151.

ном деле, решают сами арбитры. Арбитраж, значит, имеет право решить настоящий вопрос либо как предварительный, либо в ходе разбирательства и решения по существу спора (статья 32, пункт 2 Конвенции)[177].

Типовой (модельный) закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже[178] имеет большое влияние на **унификацию** норм международного арбитражного права. Он предусматривает право арбитров на вынесение постановления о своей компетенции. Заявление об отсутствии компетенции арбитражного суда может быть предъявлено не позднее от момента предоставления возражения по иску. Назначение стороной арбитра, или ее участие в назначении арбитра, не лишает сторону права сделать такое заявление. Заявление о том, что арбитраж превышает пределы своей компетенции, должно быть подано в ходе арбитражного разбирательства.

Право арбитража на вынесение постановления о своей компетенции, несомненно, подлежит судебному контролю.[179] В случаях, когда арбитражный суд выносит постановление о своей компетенции, как по вопросу предварительного характера, статья 16(3) Типового закона предусматривает возможность незамедлительного принятия судом решения по этому вопросу, с целью предупреждения траты средств и времени.

Однако для того, чтобы уменьшить риск и последствия бездействия, вводятся три процессуальные гарантии: сроки обращения в суд являются непродолжительными (30 дней), решение суда не подлежит обжалованию, и арбитражный суд имеет право продолжать арбитражное расследование и выносить решение по существу спора, пока этот вопрос ожидает своего решения в суде. Когда постановление арбитражного суда о компетенции выносится совместно с арбитражным решением по существу спора, рассмотрение в суде вопроса о его юрисдикции может проводиться в рамках разбирательства по иску об отмене решения, в соответствии с положениями статьи 34, или о приведении в исполнение, как это предусмотрено в статье 36.[180] Статья 16 Модельного закона уполномочивает суд на последующий контроль над решением арбитров

---

177 Об этом: А.И. Минаков, оп.цит, стр. 67-68.

178 Текст Модель – закона принят на восемнадцатом заседании ЮНСИТРАЛ, от 03.06.1985 г. в Вене, с последующими изменениями, принятыми в 2006 году. Генеральное собрание ООН, в своей Резолюции от 11.12.1985. рекомендовало всем государствам членам внести решения Модельного закона в их национальные права о международном торговом арбитраже. Секретариат ЮНСИТРАЛ ежегодно подготавливает документы о статусе и принятии типовых законов ЮНСИТРАЛ. Законодательство на основе Типового закона до первого мая 2017. года, принято в 106 правовых системах в 75 государствах. Информация о статусе типовых законов обновляется на веб-сайте каждый раз, когда Секретариату сообщается о принятии новых законодательных актов на основе типовых законов. См. Status UNCITRAL Model Lawon International Commercial Arbitration (1985), with amendments adopted in 2006,

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html, сайт посещен 2 мая 2017 г. В отношении вопроса компетенции-компетенции, различий между редакциями Типового закона 1985 г. и 2006 г., не существуют, потому, что интересующие положения ст. 8 и ст. 16 не изменялись.

179 О функции контроля государственных судов применительно к международному арбитражу, более детально посмотреть: Н.Ф. Селивон, Взаимодействие судебной власти с международным коммерческим арбитражем, «Право Украины», Н0-2/2011, стр. 141-147.

180 Пункт 25 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже. http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL_Rus.pdf

в отношении их компетенции. В частности, п. 3 ст. 16 предусматривает право стороны оспорить в суде промежуточное арбитражное решение о наличии компетенции. Данная норма закрепляет так называемый предварительный характер компетенции арбитров по рассмотрению вопросов своей юрисдикции. Это означает, что в таких случаях суд по общему правилу всегда имеет «последнее слово»[181].

Некоторые вопросы, в том числе, возможность оспорить арбитражное решение об отсутствии юрисдикции, или право сторон исключить судебный контроль решений по юрисдикции, вынесены за рамки Типового закона. На практике ответы на них зависят от подхода национальной правовой системы, и в частности судов в каждой конкретной юрисдикции, чье арбитражное законодательство основано на Типовом законе.

Типовой закон не урегулировал вопрос приоритета полномочий суда или арбитража, оставив в результате неразрешенным вопрос параллельных разбирательств, что, делает возможным параллельное рассмотрение одного и того же спора арбитрами и судом.

Пункт 2 ст. 8 Типового закона регулирует параллельное рассмотрение следующим образом: «В случае предъявления иска в суд, может быть, тем не менее, начато или продолжено арбитражное разбирательство и вынесено арбитражное решение, пока вопрос находится в судопроизводстве».

Пункт 3 ст. 16 Типового закона содержит практически аналогичное правило: «Если арбитражный суд постановит как по вопросу предварительного характера, что он обладает юрисдикцией, любая сторона может… просить суд принять решение по данному вопросу. Пока такая просьба ожидает своего разрешения, арбитражный суд может продолжать арбитражное разбирательство и вынести арбитражное решение».

Как известно, целью этих норм стало предупреждение тактики затягивания арбитражного процесса, а уравновешивание этой цели с риском нерационального использования времени и денег на арбитражный процесс было отдано на откуп сторонам и арбитражным судам.[182]

Типовой закон не отвечает прямо на вопрос, что делать трибуналу и сторонам, если государственный суд приходит к выводу об отсутствии юрисдикции арбитража. Типовой закон ограничивается указанием на основания отмены уже вынесенного арбитражного решения в подпунктах a)i) и a)iii) п. 2 ст. 34: недействительность арбитражного соглашения и выход за его пределы. В результате не исключается то, что арбитражный трибунал будет продолжать процесс, невзирая на акт суда. Стороны же не лишаются возможности оценить все «за» и «против» продолжения арбитражного разбирательства, зная, что даже

---

[181] Пункт 26 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону. http://www.docme.ru/doc/652505/tipovoj-zakon-yunsitral-o. Об этом более детально: В.С. Раднаев, О.А. Вишневская, Распределение полномочий между судами и арбитражами по решению вопросов юрисдикции по Типовому закону ЮНСИТРАЛ, «Закон», 2014, №4, http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=3739

[182] Ibidem.

последующая отмена арбитражного решения не гарантирует отказа в признании и приведении его в исполнение в иных юрисдикциях. Разнообразие практических соображений, которые могут приниматься во внимание в подобной ситуации, как очевидно, может быть обширным.[183]

Арбитраж может вынести постановление по заявлению сторон об отсутствии компетенции, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. В первом случае он обладает компетенцией, любая сторона может в течение тридцати дней после получения уведомления об этом постановлении просить суд принять решение по данному вопросу. Такое решение не подлежит обжалованию. Пока такая просьба ожидает своего разрешения, арбитраж может продолжать арбитражное разбирательство и вынести арбитражное решение[184].

Большое значение имеет правило о самостоятельной арбитражной оговорке в соотношении с текстом главного контракта, в который она внесена. Арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражным судом решения о недействительности договора не влечет за собой, ipso jure, недействительность арбитражной оговорки (ст. 16 п. 1).

Ситуация предъявления иска по существу спора в суд, когда одновременно существует арбитражное соглашение, является предметом нормирования Модельного закона. Суд в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон просит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, направить сторону в арбитраж, если не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Несмотря на предъявление иска государственному суду, арбитражное разбирательство может быть, тем не менее, начато или продолжено и арбитражное решение вынесено, пока пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде.[185]

4. Вместо заключения

На основе проведенного анализа можно заключить, что принцип «компетенции-компетенции», впервые означал оспаривание, затем условное признание, а сегодня подразумевает обязанность арбитров, которые не только могут, а обязаны сами решать вопрос, касающийся их компетенции. Арбитраж является судьей собственной юрисдикции, обладая компетенцией – компетенции. Это можно считать условной независимостью, имея в виду факт, что такое полномочие и право арбитража находится под резервом последовательного судебного контроля государственного суда. Таким образом, реализуется осуществление

---

183 Ibidem.

184 Глава IV, Компетенция арбитражного суда, ст. 16. Типового закона Юнситрал о международном торговом арбитраже, http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL_Rus.pdf

185 Статья 8. Модельного закона Юнситрал. Об этом см.: Dispute settlement, The Arbitration Agreement, United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2005.p. 7-10.

процесса унификации положений о дозволенности, и обязанности применения принципа «компетенции-компетенции». Настоящая ведущая идея международного арбитражного права, очевидно, получает соответствующие позиции универсального права гражданства. Идет речь о принципе арбитражного права, которое силой собственных решений дает преимущество их применения в практике, с толерантностью национальных законодательств.

Поскольку существует предпосылка о полномочии арбитров принять решение о своей компетенции, остается найти четкие и унифицированные решения в связи следующих вопросов: Если спор подлежит рассмотрению в постоянно действующей арбитражной институции, решается ли данный вопрос составом арбитража или, в определенной степени, самим арбитражным учреждением? Какой правовой силой располагают решения об этом вопросе? Является ли решение арбитража о наличии, или отсутствии, его компетенции окончательным и обязательным? Имеет ли сторона право на подачу правозащитного требования государственному суду в связи с решением о принятии компетенции, или на решение об отсутствии его компетенции? Если такое право существует, в какой фазе разбирательства заинтересованная сторона может ими пользоваться? Сводится ли вопрос о компетенции к автономному характеру и условиям арбитражного соглашения?[186]

Как видно, принцип «компетенции-компетенции» несет с собой более сложный вопрос от основной дилеммы: имеет ли арбитраж, как третейский суд, право самостоятельно принимать решения о существовании своего полномочия для разрешения конкретного правового отношения – спора, в случае, когда такое право оспаривает сторона в арбитражном производстве. Существующие источники права, национального и международного характера, не содержат однозначного регулирования. Наука, нормотворчество и практика международного коммерческого арбитража должны стараться найти согласованные ответы на определенные вопросы, с целью достижения правовой известности в международном торговом обороте.

[186] А.А. Костин, Некоторые проблемы международного арбитража, Третейский суд, http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/3/art05.html

LIMITATION PERIOD WITH RESPECT TO INVESTOR-STATE CLAIMS

Dr. Sergei A. Voitovich[187]

International commercial arbitration and investor-state arbitration have many common features, but there are also certain distinctions. One of such distinctions concerns the degree to which the *limitation* issue is elaborated in international trade law and in international investment law.

Generally, the rules on limitation determine whether a claim is time-barred. The *statute of limitations* is an instrument of clarity, certainty and predictability in adjudication of claims. The statute of limitations encourages "that parties promptly act on their rights"; it is designed to protect parties from "stale and vexatious claims, and to make an end to the possibility of litigation after the lapse of a reasonable time."[188]

In the recently released award one of the investor-state tribunals examining the disputable issue of statute of limitations in Ukrainian law, as part of the merits of the case, noted that "in assessing time periods the courts enjoy a measure of discretion but this has its limits as established by law"; "[t]he statute of limitations is one such important limit".[189]

A *limitation period* for claims is a legal institute typical for national jurisdictions.[190] The substantive law which applies to a dispute should govern the limitation issue. Apparently, this principle has deeper roots and probably more clarity in international commercial arbitration than in investor-state arbitration.

Limitation period in international investment law

It may seem surprising that the modern international law does not contain general rules on limitation with respect to international claims. There are several special conventional rules on limitation in international humanitarian law[191] and international trade law[192]. These conventions, however, do not apply to investor-state claims.

---

[187] **Sergei A. Voitovich** – The Honoured Lawyer of Ukraine; Arbitrator of the ICAC at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry; Partner, law and patent firm Grischenko & Partners; Candidate of legal science (Kyiv State University); PhD (European University Institute, Florence).

[188] See quotations from Lara K. Richards and Jason W. Burge. Analyzing the Applicability of Statutes of Limitations in Arbitration. – Gonzaga Law Review, 2014, Vol. 49:2, p. 217.

[189] *Tatneft v. Ukraine* (UNCITRAL), Award on the Merits, 29 July 2014, para. 232. It is interesting to note that in this arbitration case the claimant raised the limitation issue as one of its major arguments against the respondent state, while in the partly related London litigation against Ukrainian businessmen the same claimant faced the limitation issue in a different context as one of its major troubles (see *PJSC Tatneft v. G. Bogolyubov, I. Kolomoisky, A. Yaroslavsky, P. Ovcharenko*, the Approved Judgment, London High Court of Justice, 8 November 2016, paras. 73-84).

[190] E.g. in Ukraine statute of limitations is a legal institute of substantive law (see Articles 256-268 of the Civil Code of Ukraine).

[191] See e.g. the1968 UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity; the 1974 European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes Against Humanity and War Crimes.

[192] The 1974 UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods.

At the same time, one of the arbitral tribunals stated: "The principle of extinctive prescription (bar of claims by lapse of time) is widely recognized as a general principle of law constituting part of international law, and has been accepted and applied by arbitral tribunals".[193]

International investment law, which is a sub-branch of international economic law,[194] has no global convention on limitation period similar to the 1974 UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Most investment protection treaties ("IPTs"), especially the old ones, are silent on a limitation issue.

On the other hand, a notable *trend* in international investment law is the inclusion of special provisions on limitation periods as to investor-state claims into a number of modern IPTs. The 1992 NAFTA treaty and the 1992 Canada-Czech Republic BIT were the first IPTs containing such clauses.[195] The 2012 OECD Survey notes that the proportion of treaties with special clauses on limitation period has started to increase since 2004. However, in about 93% of the treaties allowing access to international arbitration there is no explicit specification of a statute of limitations.[196]

The modern IPTs set out various limitation periods. A statutory limit of three years is the most typical one.[197] Other limitation periods, for example, of two, four, five years can also be found.[198]

The treaty provisions on limitation contemplate two forms of knowledge of the breach or loss incurred – *actual* knowledge (what an investor-claimant in fact knew at a given time) and *constructive* knowledge (what an investor-claimant should have known at a given time). For the running of a limitation period to be triggered it is sufficient that a claimant acquired either actual or constructive knowledge.[199]

NAFTA Article 1116(2) is an example: "An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage".[200]

In this case the actual or constructive knowledge of both: (i) the alleged breach and (ii) the loss or damage resulting from the alleged breach is of essence. Similar rules are

---

193 *Grand River v. USA* (NAFTA, UNCITRAL), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para. 33.

194 See Sergei A. Voitovich. International Economic Organizations in the International Legal Process. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1994, pp. 8-9.

195 The 2012 OECD Survey "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements", p. 18.

196 The 2012 OECD Survey "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements", p. 19.

197 E.g. NAFTA Articles 1116(2), 1117(2); CAFTA Article 10.18; the Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Article 28(2); the ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Article 34(1)(a); the China-Japan-Republic of Korea Investment Agreement, Article 15(11); the 2012 US Model BIT, Article 26; the 2015 Ukraine-Japan BIT, Article 18(6) and others.

198 The 2012 OECD Survey "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements", p. 19.

199 See e.g. *Corona Materials v. Dominican Republic*, ICSID Case ARB/(AF)/14/3, Award on the Respondent's Expedited Preliminary Objections in Accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016, paras. 193, 217.

200 NAFTA Article 1117(2), which deals with claims by an investor on behalf of an enterprise, is similar.

provided in the US-Peru Trade Promotion Agreement,[201] the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement ("DR-CAFTA").[202]

A somewhat different rule is set out in Article 9(7) of the China-South Korea BIT.[203] It requires actual or constructive knowledge of the incurred loss or damage, rather than knowledge of the alleged breach.

An actual knowledge is a question of fact, and it shall be established on the firm facts of the case. If the evidence before a tribunal is contradictory, finding of actual knowledge may be problematic.[204]

In turn, the test of constructive knowledge does not exclude certain presumptions having sufficient probative value based on the circumstances of the case. One of the tribunals held with respect to constructive knowledge that it was appropriate to establish "what a reasonably prudent investor should have done in connection with extensive investments and efforts" made by the claimants.[205]

Investor-state tribunals on statute of limitations under the IPTs

Given that NAFTA was one of the first IPTs with special limitation-related provisions, it is not surprising that several NAFTA tribunals were the first to deal with the limitation issues in investor-state disputes.

The *Pope* & *Talbot v. Canada* tribunal rejected Canada's time-bar argument. The tribunal's analysis has shown the "critical requirement" with respect to knowledge of loss: that "the loss has occurred and was known or should have been known by the Investor, nor that it was or should should have been known that loss could or would occur".[206]

The *Feldman v. Mexico* tribunal held that the time at which the notice of arbitration has been received by the Secretary-General of ICSID "is apt to interrupt the running of limitation period under NAFTA Article 1117(2)".[207] This approach to calculate backwards the limitation period from the date of receipt of a request for arbitration by the Secretary-General of ICSID has been widely accepted. Also, the *Feldman* tribunal

---

[201] Article 10.18.1 of the 2006 US-Peru Trade Promotion Agreement entitled "Conditions and Limitations on Consent of Each Party" stipulates: "No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 10.16.1 and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 10.16.1(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 10.16.1(b)) has incurred loss or damage".

[202] Article 10.18.1 of the DR-CAFTA provides that a claim brought under Article 10.16 shall be submitted to arbitration within three years following the date on which the claimant (a) acquired, or should have acquired, knowledge of the alleged breach; and (b) acquired, or should have acquired, knowledge of the loss or damage incurred.

[203] Article 9(7) of the China-South Korea BIT: "An investor may not make a claim pursuant to paragraph 3 of this Article if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge that the investor had incurred loss or damage".

[204] See e.g. *Grand River v. USA* (NAFTA, UNCITRAL), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para. 57.

[205] *Grand River v. USA* (NAFTA, UNCITRAL), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para. 66.

[206] *Pope* & *Talbot v. Canada*, (NAFTA, UNCITRAL), Award in Relation to Preliminary Motion by Government of Canada to Strike Paras. 34 and 103 of the Statement of Claim from the Record, 24 February 2000, para. 12.

[207] *Feldman v. Mexico*, NAFTA, ICSID Case No. ARB/(AF)/99/1, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, 6 December 2000, para. 44.

found that NAFTA Article 1117(2) does not provide for any suspension, prolongation or other qualification of the three-year period of limitation.[208]

In *Mondev v. USA* the tribunal rejected the respondent's argument that claims at issue were time-barred, but it made a notable finding that "[a] claimant may know that it has suffered loss or damage even if the extent or quantification of the loss or damage is still unclear".[209]

Grand River v. USA is one of the first NAFTA cases in which the tribunal held that the claims were partly dismissed as barred by NAFTA Articles 1116(2) and 1117(2).[210] The tribunal established that the requisite knowledge had two elements: (a) knowledge of the alleged breach and (b) knowledge that the investor has incurred loss or damage.[211] Due to the contradictory evidence, the tribunal could find no actual knowledge of measures potentially affecting the claimants.[212] However, the tribunal attributed constructive knowledge to the claimants. As the experienced participants in the tobacco industry, in the view of the tribunal, claimants should have known relevant laws and other state actions prior to a given date, three years before they filed their claim, as well as they should have known of the suffered loss or damage (even if the exact amount of such loss or damage "may not become known until some future time").[213] This case has also shown that it is not uniformly taken which party bears the burden of proof of the facts to establish that the claims fall within the limitation period.[214]

In *UPS v. Canada* the tribunal agreed with the claimant that its claims were not time-barred with respect to the continuing breaches. The tribunal held that "continuing courses of conduct constitute continuing breaches of legal obligations and renew the limitation period accordingly".[215] It was noted by one commentator that this finding was different from the conclusion of the *Grand River* tribunal that once the claimant knew of the breach and the damage, the limitation period began to run.[216] Notably, the U.S interpretation of a similar treaty provision in the other (non-NAFTA) case stated that the finding of the *UPS v Canada* tribunal, regarding the renewal of claims

---

[208] *Feldman v. Mexico*, NAFTA, ICSID Case No. ARB/(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, paras. 58, 63.

[209] *Mondev v. USA*, ICSID Case No. ARB/(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 87.

[210] See the detailed analysis of limitation issues in this case in: Andrea K. Bjorklund. Waiver of Local Remedies and Limitation Periods.*Waste Management v. Mexico I*, ICSID Case No. ARB(AF)98/2; *Grand River v. US*, UNCITRAL – In: Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID. Edited by Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, Jara Mínguez Almeida, Luisa Fernanda Torres, Mairée Uran Bidegain. Wolters Kluwer, 2016, pp. 244-250.

[211] *Grand River v. USA* (NAFTA, UNCITRAL), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para. 38. A similar, quite obvious conclusion was earlier reached by the *Pope* & *Talbot* tribunal (supra note X, para. 11).

[212] See e.g. *Grand River v.USA* (NAFTA, UNCITRAL), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para. 57.

[213] See e.g. *Grand River v.USA* (NAFTA, UNCITRAL), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, paras. 71, 77, 83.

[214] See e.g. *Grand River v. USA* (NAFTA, UNCITRAL), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para. 37.

[215] *UPS v Canada*, (NAFTA, UNCITRAL), Award on the Merits, 24 May 2007.para. 28.

[216] Andrea K. Bjorklund. Waiver of Local Remedies and Limitation Periods.Waste Management v. Mexico I, ICSID Case No. ARB(AF)98/2; Grand River v. US, UNCITRAL – In: Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID. Edited by Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, Jara Mínguez Almeida, Luisa Fernanda Torres, Mairée Uran Bidegain. Wolters Kluwer, 2016, p. 247.

limitation period by continuing courses of conduct constituting continuing breaches, was misplaced.[217]

The non-NAFTA tribunals have also contributed to the development of the case law on limitation.[218]

A recent example of a tribunal's finding that an investor-state claim is time-barred is the award in *Corona Materials v. Dominican Republic* under the "DR-CAFTA". In its preliminary objections the respondent state requested the tribunal to declare that it lacked jurisdiction *ratione temporis* to hear this dispute given that the claimant's claims fell outside the three-year period stipulated by Article 10.18.1 of the DR-CAFTA.[219]

Notably, Article 10.18.1 of the DR-CAFTA establishing the three-year limitation period is entitled "Conditions and Limitations on Consent of Each Party". This means that the observance of the limitation period is a condition precedent for a consent of a party. It is common knowledge that a lack of a party's consent for arbitration is fatal for jurisdiction *ratione voluntatis* of the tribunal.

Ultimately the tribunal concluded that the claimant failed to submit its claims to arbitration within the time limit set out in DR-CAFTA Article 10.18.1 (Award, para. 237), and respectively the tribunal had no jurisdiction over the claims (Award, para. 280.1). The tribunal did not specify whether it lacked jurisdiction *ratione voluntatis* or jurisdiction *ratione temporis* as claimed by the respondent state.

Whether or not domestic statutes of limitations may apply to investor-state claims?

When an investor-state dispute is governed by a treaty which does not contain provisions on limitation (e.g. the ECT, many bilateral investment treaties ("BITs")), the question may arise whether or not the domestic law limitation period of the parties to a dispute should apply. Arbitral tribunals are not uniform on this matter.

Investment tribunals considering that domestic law terms of limitation may not apply to investor-state disputes

Some of the tribunals consider that domestic law terms of limitation may not apply to international investor-state disputes. In *Maffezini v. Spain* the tribunal found that a one-year statute of limitation under the law of Spain, which applied to claims for compensatory damages against the State, could not "apply to claims filed under the ICSID Convention".[220] This finding was made without special reasoning.

---

[217] *Corona Materials v. Dominican Republic*, ICSID Case ARB/(AF)/14/3, Award on the Respondent's Expedited Preliminary Objections in Accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016, para. 173.

[218] E.g. the UNCITRAL tribunal considered a potential possibility of bringing a time-barred claim by an investor within the framework of jurisdictional objections raised by the respondent state (*Renco Group v. Peru,* UNCITRAL Case, Partial Award on Jurisdiction, 15 July 2016, paras. 184–188). In the other recent case *Ansung v. China* under the China-South Korea BIT, the tribunal found that the claim was time-barred and, as such, was "manifestly without legal merit" (*Ansung Housing Co. v. China,* ICSID Case ARB/14/25, Award, 9 March 2017, para. 122).

[219] *Corona Materials v. Dominican Republic*, ICSID Case ARB/(AF)/14/3, Award on the Respondent's Expedited Preliminary Objections in Accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016, para. 57.

[220] *Maffezini v. Spain*, ICSID Case ARB/97/7, Award, 13 November 2000,paras. 92–93 – In: 5 ICSID Reports, p. 438.

In *Link-Trading JSC v. Moldova*, under the Moldova-US BIT, the respondent state argued that claimant's action was time-barred by virtue of a one-year prescription period applicable to certain civil law claims under the law of Moldova. Claimant referred to a three-year limitation period under Moldovan law. The tribunal considered "both such prescription periods to be inapplicable to the present action since this is not an action for breach of contract under Moldovan civil law, but for violation of the State's treaty obligations as defined in the Investment Protection Treaty. The Treaty contains no applicable prescription period".[221] However, if a treaty contains no applicable limitation period, would it mean that the treaty claim has no prescription period at all?

The *Wena v. Egypt* tribunal made reference to *Alan Craig v. Ministry of Energy of Iran*, Chamber Three of the Iran-US Claims Tribunal which declined to apply an Iranian statute of limitations stating that "[m]unicipal statutes of limitation have not been considered as binding on claims before an international tribunal".[222] The *Wena* award also noted "the general, well-established international principle recognized since before the *Gentini* case" heard in 1903 "that municipal statutes of limitation do not bind claims before an international tribunal (although tribunals are entitled to consider such statutes as well as equitable principles of prescription when handling untimely claims)".[223]

However, it is interesting to note that the umpire in *Gentini* case dismissed a thirty-year old claim: "Local laws of prescription cannot be invoked to defeat an international claim. Nevertheless, the principle of prescription will be recognized internationally, and equity will forbid the recognition of stale and secret claims". Also, "[t]he umpire, while disallowing the claim, expresses no opinion as to the number of years constituting sufficient prescription to defeat claims against governments in an international court. Each must be decided according to its special conditions".[224]

Investment tribunals that applied domestic law statutes of limitations

On the other hand, some arbitral tribunals applied a substantive law of a BIT party in the absence of any provision on limitation period in the BIT itself.

In *Nagel v. Czech Republic* under the Czech Republic-UK BIT, the tribunal concluded: "That the Investment Treaty does not expressly provide for a statute of limitations for claims brought under the Treaty does not mean that the Treaty claim has no prescription period. It is illogical to suggest that the Czech Republic and the United Kingdom would have entered into a treaty that permitted claims to be brought beyond their own statutes of limitations".[225] Based on general conflict of law principles, the tribunal considered first of all the law of the state with which the contract at issue

---

[221] *Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova*, UNCITRAL Case, Final Award,18 April 2002, para. 62.

[222] *Wena v. Egypt*, ICSID Case ARB/98/4, Award, 8 December 2000, para. 106 – In: 6 ICSID Reports, p. 121, fn. 255.

[223] *Wena v. Egypt*, ICSID Case ARB/98/4, Award, 8 December 2000, paras. 106-107 – In: 6 ICSID Reports, p. 121.

[224] *Gentini* Case, Italy – Venezuela Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, 1903, UN 2006, pp. 551, 561.

[225] *Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, Final Award, 9 September 2003, para. 258. It was noted in this award that other tribunals also applied the substantive law of a contracting party to a BIT in the absence of an express provision in the treaty (para. 254).

had the most significant connection, which was the law of the Czech Republic.[226] In addition, the tribunal in *Nagel v. Czech Republic* found that the claims in question were time-barred under the statute of limitations of English law.[227] Therefore, in that case the claims were ultimately time-barred under the laws of both state parties to the BIT.

In *Bogdanov v. Moldova* under the Moldova-Russian Federation BIT, the tribunal accepted the respondent's argument that the charges for the year 2005 were time-barred. The treaty itself did not say anything about limitation as regards claims based on the treaty. The sole arbitrator found that "the limitation period applying under the laws of either Contracting Party must be applicable lest claims could be made indefinitely. Mr. Bogdanov does not contest that the limitation period is 3 years under Moldovan law and does not invoke any provisions of Russian law which would entail a longer period".[228]

Conclusion

The substantive law which applies to a dispute governs, among others, the limitation issue. In commercial disputes this is a domestic law which applies by virtue of the parties' choice or by the application of conflict of law rules, as well as the 1974 UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods within the scope of its application.

In investor-state disputes there is no general international treaty on limitation similar to the 1974 UN Convention in international trade law. Accordingly, the law governing an investor-state dispute, including the limitation issue, is a respective IPT plus customary international law, as well as and/or a domestic law of a party to a dispute chosen by an arbitral tribunal.

It is difficult to identify rules of customary international law on limitation. However, some arbitral tribunals believe that the principle of prescription is to be recognized internationally.

At present, some IPTs expressly regulate limitation periods, while other IPTs do not. In the author's view, the absence of limitation-related provisions in the governing treaty with respect to a particular investor-state dispute may be characterized as a lacuna in international investment treaty law. Prescription is an instrument of certainty with respect to asserting claims in most legal systems.[229] The lack of clarity on limitation in investment disputes makes the entire system of resolution of such disputes less predictable.

---

[226] *Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, Final Award, 9 September 2003, para. 252.

[227] *Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, Final Award, 9 September 2003, para. 259.

[228] *Bogdanov v. Moldova*, SCC Case 114/2009, Final Arbitral Award, 30 March 2010, para. 94.

[229] The commentary to the 1974 UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods states: "Most legal systems limit or prescribe a claim from being asserted after the lapse of a specified period of time to prevent the institution of legal proceedings at such a late date that the evidence relating to the claim is likely to be unreliable or lost and to protect against the uncertainty that would result if a party were to remain exposed to unasserted claims for an extensive period of time".

Several solutions are possible. The best scenario is to have special provisions on limitation in an IPT which governs the dispute. The number of such modern treaties is gradually increasing, although many IPTs still remain silent on limitation.

If there are no treaty rules on limitation, certain tribunals have proposed that the domestic law statutes of limitation of the parties to dispute may apply.

In the ICSID cases a proper guidance is the rule of Article 42(1) of the ICSID Convention which expressly refers to the law of the Contracting State party to the dispute in the absence of the agreed by the parties rules of law for a tribunal to decide a dispute.[230]

In the non-ICSID cases arbitral tribunals deciding on a proper law to be applied may consider various factors, including the law of the state with which the investment/contract at issue has the most significant connection.

The other simple and reasonable solution might be a uniform limitation period for investor-state disputes provided in a multilateral international treaty by the analogy to the 1974 UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. However, whether modern states are prepared to any such multilateral treaty regulation is questionable. One may recall the differences which, "for a long time, have prevented the negotiation and the adoption of a general convention on the regulation of foreign investment".[231]

[230] Article 42(1) of the ICSID Convention reads: "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules of the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable".

[231] Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties. – Resolution of the Institute of International Law, 13 September 2013, p. 1.

HYBRID ARBITRAION CLAUSES: A VIEW FROM THE DNIPRO

Sergiy Gryshko[232]

"Hybrid" (also known as "asymmetrical", "optional", "split" or "unilateral") arbitration clauses have come to prominence in recent years. Arguably, they have been in use for far longer time but it is only recently that smart parties have started to challenge those before national courts. A typical hybrid arbitration clause is one by virtue of which one party can choose at its will whether to apply to the court or bring arbitration against the other party in case of any dispute contemplated by such arbitration clause whereas the other can only litigate or arbitrate the dispute in question.[233]

Hybrid arbitration clauses are particularly common in banking where lenders want to have as much flexibility as possible restricting venues available to the borrowers' at the same time.[234] The question or, rather, a set of questions which took centre stage in all set-aside litigations involving hybrid clauses appears to be whether the asymmetry of remedies inherent in hybrid clauses voids of the parties' agreement to arbitrate?

It comes as no great surprise that different national legal systems give different answers to this question. Courts of some States[235] have held that hybrid clauses are valid and enforceable[236] while many others[237] have taken the view that those are unconscionable.[238] There is a third category of countries[239] which have recognised

---

[232] **Sergiy Gryshko** – Partner, Redcliffe Partners LLC, recommended arbitrator of the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry

[233] See Deyan Draguev, Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability, in 31 J.Int.Arb. 1, p. 23

[234] See e.g. Gary Born, International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing, 3d Edition, Kluwer Law International, 2010, p. 29

[235] This is the position which, according to commentators, has been taken by the courts in the United Kingdom, United States, Spain and Singapore

[236] See e.g. United Kingdom: Pittalis v Sherefettin [1986] 1 QB 868 "There is a fully bilateral agreement which constitutes a contract to refer. The fact that the option is exercisable by one of the parties only seems to me to be irrelevant. The arrangement suits both parties"; NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd ComC (Bailii, [2004] EWHC 2001 (Comm)) "[a] one sided choice of arbitration is sufficient"; Law Debenture Trust Corp Plc v Elektrim Finance BV [2005] APP.L.R. 07/01 "Law Debenture has the right to start proceedings despite ("notwithstanding") the arbitration provision in clause 29.2."; Mauritius Commercial Bank Limited v Hestia Holdings Limited & Another [2013] EWHC 1328 (Comm); [2013] 2 Lloyd's Rep. 121 As Professor Fentiman has observed in a recent article in the Cambridge Law Journal entitled "Universal jurisdiction agreements in Europe" (CLJ (2013) 72 (1) 24-27): "Such unilaterally non-exclusive clauses are ubiquitous in the financial markets. They ensure that creditors can always litigate in a debtor's home court, or where its assets are located. They also contribute to the readiness of banks to provide finance, and reduce the cost of such finance to debtors, by minimising the risk that a debtor's obligations will be unenforceable. Such agreements are valid in English law… Indeed despite their asymmetric, optional character it is difficult to conceive how their validity could be impugned or what policy might justify doing so…"; Spain: AP Madrid, Auto 147/2013; Singapore: Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd [2009] SGCA 24; Italy: decision of the Supreme Court in case No.5705 dated 11 April 2012, Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Simest, HSBC; decision of the Milan Court of Appeal dated 22 September 2011, Sportal Italia v. Microsoft Corporation; China: INVISTA Technologies Sàrl v. Zhejiang Yisheng Petrochemical Co. Ltd;

[237] Such as courts in Poland, Bulgaria and Russia.

[238] See e.g. Bulgaria: Judgment No. 71 dated 2 September 2011 in commercial case No. 1193/2010 by the Bulgarian Supreme Court of Cassation, Commercial Chamber; Russia: CJSC Russian Telephone Company v Sony Ericsson Mobile Communications Rus LLC, Russian Federation, Supreme Arbitrazh Court 19 June 2012;

[239] This is the position in France and Germany

dispute resolution clauses conferring unilateral rights of forum selection provided that certain criteria are met.[240]

Ukrainian courts have also had a chance to test hybrid arbitration clauses. This paper intends to provide an overview of Ukrainian law on hybrid arbitration clauses. In section I it provides analysis of the statutory framework for arbitration in Ukraine. In section II it deals with the case law of the Ukrainian courts. Section III provides analysis of the Ukrainian case law on hybrid arbitration clauses with the conclusion that Ukrainian law recognises the enforceability of unilateral arbitration agreements in business transactions.

I. Overview of the Statutory Framework for Arbitration

Ukraine has dual legal regime for arbitration. It has Law On Arbitration (the 2004 Domestic Arbitration Law) and Ukrainian Law on International Commercial Arbitration (the 1994 International Arbitration Law) which govern domestic arbitration and international arbitration respectively. This paper focuses on the 1994 International Arbitration Law.

The constitutional framework for arbitration in Ukraine is set forth in what is now Article 55(6) of the Constitution of Ukraine which reads as follows:

"*Each person has a right to protect his rights and freedoms from violations and unlawful encroachments by any means not forbidden by the law.*"

This provision was interpreted by the Constitutional Court of Ukraine in 2008 as embracing a parties' right to refer disputes to arbitration.[241] Even though this case dealt with the 2004 Domestic Arbitration Law, the Constitutional Court made broad references to international recognition of arbitration including the 1961 Geneva Convention on International Commercial Arbitration and case law of the European Court of Human Rights. Thus, the Constitutional Court of Ukraine thereby elevated the right to arbitration to the level of a constitutional right. This 2008 ruling would end up playing a vital role in the making the Ukrainian case law of hybrid arbitration clauses.

It is common place among scholars and practitioners that the 1994 International Arbitration Law is based on the 1985 UNCITRAL Model Law. However, they often neglect to mention that the Ukrainian law has closely followed the philosophy and even language of its 1993 Russian peer. Despite such similar language the implementation of these laws in Ukraine and Russia has yielded a stark contrast in many respects, including with respect to hybrid arbitration clauses.

Neither Russian statutes, nor 1994 International Arbitration Law have any regulations on hybrid arbitration clauses. However, as mentioned above, Russian case law after the well-known decision in the *Sony Ericsson* case[242] regards unilateral arbitration clauses as invalid. As one will see below, the situation in Ukraine is totally different.

---

[240] See Allana, Zakira, Asymmetrical jurisdiction clauses in international dispute resolution, 23 August 2016, Available at: http://www.fieldfisher.com/publications/2016/08/asymmetrical-jurisdiction-clauses-in-international-dispute-resolution#sthash.qSbqUdL2.dpbs

[241] Constitutional Court of Ukraine, Ruling 1-rp/2008 of 10 January 2008 in case No. 1-3/2008, par. 3.1

[242] The Presidium of the Higher Arbitrzh Court of the Russian Federation, Resolution VAS-1831/12 in case No. A40-49223/11-112-401 brought on the application of Russkaya Telefonnaya Kompaniya (RTK) against Sony Ericsson Mobile Communications Rus (Sony Ericsson).

II. Ukrainian Case Law on Hybrid Arbitration Clauses

The Ukrainian commercial courts had first dealt with hybrid arbitration clauses at least as early as 2011. In one of the cases, the Ukrainian commercial courts, including the Higher Commercial Court (the cassation court for commercial matters), asserted jurisdiction over a leasing contract with hybrid arbitration clause which provided for a default arbitration scenario and lessor's unilateral right to bring a claim to Ukrainian commercial courts.[243] However, the issue of enforceability of the hybrid clauses was not discussed at any length by the courts in that matter.

The chance to give a proper analysis of the unilateral right to bring a lawsuit in the Ukrainian courts pursuant to a hybrid arbitration clause would come in 2013 when the Higher Commercial Court was specifically requested to decide on the motion to dismiss the case and refer parties to arbitration based on Article 8 of the 1994 International Arbitration Law which has the same wording as Article 8 of the 1985 UNCITRAL Model Law. The matter concerned a lawsuit brought by a lessor against the lessee under a financial leasing contract for recovery of outstanding debt. The leasing contact provided for the lessor's unilateral right to issue proceedings in commercial courts of Ukraine notwithstanding the otherwise applicable arbitration clause. The respondent lessee filed a motion to dismiss the case and refer parties to arbitration. In a somewhat vague manner, the Higher Commercial Court reasoned that

"*Agreement of the parties to submit a dispute to neutrals (arbitration) stipulated by Article 12(2) of the Code of Commercial Procedure cannot be deemed a waiver of the right to apply to the commercial court for the protection of rights or interests protected by the law since that would be contrary to principles of the judicial protection of rights and freedoms of the man and citizen declared in Article 55 of the Constitution of Ukraine, pursuant to which each has a right protect his rights* ***and freedoms from violations and unlawful encroachments by any means not forbidden by the law,*** *as well as to principles stipulated by Article 8 of the Constitution of Ukraine concerning guarantees of applying to the court for protection of the constitutional rights and freedoms of the men and citizen directly on the basis of the Constitution.* […]

Article 627 of the Civil Code provides that […] parties enjoy liberty in terms of entering into a contract, choosing a contracting party and determining terms of the contract with the account being taken of the requirements of this Code, other acts of civil legislation, trade customs, reasonableness and fairness."[244] **(emphasis in the original)**

Based on the above reasoning and "considering the nature of the relationship between the parties" the Higher Commercial Court upheld the appellate court's decision to deny the motion to dismiss the proceeding. To the best of the author's knowledge the Higher Commercial Court has adhered to the view that a unilateral right to bring lawsuits in the courts of law pursuant to hybrid arbitration clauses is enforceable ever after.

---

[243] The Higher Commercial Court, Judgement of 20 September 2011, case no. 14/45 available at http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18762250

[244] The Higher Commercial Court, Judgement of 7 March 2013, case no. 3/5027/496/2011 available at http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29784623

In 2014, the Higher Commercial Court faced a slightly different question, namely whether the party which is bound by the arbitration agreement may be put on the equal footing with the party which has the unilateral option of suing in the Ukrainian courts. In other words, the central question was whether the inherent asymmetry of the hybrid clause can be corrected by allowing the other party to bring a claim in circumvention of the arbitration clause. In that matter, the guarantor brought a claim for the declaratory relief that its guarantee to the lender under the loan had terminated. However, the Higher Commercial Court expressly recognised that only the lender was vested with the discretion to choose between arbitration and competent commercial courts of Ukraine and upheld the respondent's motion to dismiss the case finding that since the guarantor, by contrast with the bank, was not granted the unilateral right to bring proceedings before the State courts.[245] As a result, the court held, the guarantor was bound by the arbitration agreement and the matter was dismissed based on Article 8 of the 1994 International Arbitration Law.

III. Analysis of the Ukrainian Case Law on Hybrid Arbitration Clauses

The cited case law of the Higher Commercial Court confirms that hybrid arbitration clauses are perfectly enforceable in business transactions. The judgments of the Higher Commercial Court imply that parties' agreement to vest one party to a contract with the broader rights to pursue legal claims than the other must be respected inasmuch as **(i)** the right to the judicial protection cannot be waived, **(ii)** arbitration supplements judicial protection of contractual rights rather than ousts it, and **(iii)** parties have freely agreed to that specific mode of having their differences determined in such a manner.

It is posited that, despite certain ambiguity, this jurisprudence is a product of the correct application of both Ukrainian constitutional principles and principles of contractual law. Indeed, it is well-established principle of Ukrainian law that parties can enter into any agreement as long as it reflects their free will and does not run afoul of the legislation, business customs and reasonableness and fairness.

That said, the situation could be different if the parties could be shown to have large disparities in bargaining power, i.e. where it could be shown that the agreement had not been freely reached and was, as a result, unconscionable. An example of such unconscionable bargain would be a hybrid arbitration clause for the benefit of the stronger party in a contract between a consumer and trader. However, consumer contracts are excluded from the application of the 1994 International Arbitration Law, so this scenario does not appear likely.

Apparently, in the eye of the Ukrainian courts, hybrid arbitration clauses are completely valid and enforceable in business contracts. Andrightlyso.

---

[245] The Higher Commercial Court, Judgement of 24 September 2014, case no. 910/3425/13 available at http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40578086#

АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И ЗАМЕНА СТОРОНЫ В ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ, ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ЛИЦ, КОТОРЫЕ ЕГО НЕ ПОДПИСЫВАЛИ

Ружа Иванова[246]

I.

Важно отметить, что болгарский Закон о международном торговом арбитраже не содержит конкретного правового регулирования вопроса о действии арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали.

Этот вопрос также не был предметом самостоятельного теоретического исследования.

Он возник в арбитражной практике в конце прошлого века, и число случаев, когда Арбитражный суд при Болгарской ТПП вынужден был высказываться в отношении своей компетенции по рассмотрению иска, предъявленного лицом, не являющимся стороной по арбитражному соглашению, на которое оно ссылается, значительно увеличилось.

С вынесением арбитражных решений, когда в конкретных случаях арбитраж признавал себя компетентным рассматривать иск, формировалась и судебная практика.

Считаю уместным привести два нормативно урегулированных положения в болгарском Законе о международном торговом арбитраже (в дальнейшем – ЗМТА), который с незначительными отклонениями воспроизводит Типовой закон ЮНСИТРАЛ.

Во-первых, Арбитражный суд обладает так называемой «компетенцией относительно компетенции». Согласно ст. 19 ЗМТА Арбитражный суд может самостоятельно вынести постановление о своей компетенции, и это полномочие не может быть исключено по воле сторон. Арбитражный суд проверяет наличие и действительность арбитражного соглашения. Это касается, прежде всего, арбитрабильности спора, переданного на рассмотрение в Арбитражный суд. С последними изменениями ГПК и соответственно ЗМТА к неарбитрабильным спорам добавились и те, по которым одна из сторон является потребителем согласно материально-правовому договору, который является источником спорного материального правоотношения. Арбитражное соглашение по неарбитрабильным спорам является недействительным. По таким спорам недопустимо и заключение арбитражного соглашения через конклюдентные действия – ст. 7, п. 3 ЗМТА. Арбитраж выносит постановление о своей компетенции и в случаях, когда арбитражное соглашение оспаривается ответчиком по основаниям, которые не ведут к его ничтожности – например, порок воли при заключении

[246] **Ружа Иванова** – заместитель председателя Арбитражного суда при Болгарской торгово-промышленной палате, профессор, доктор права.

соглашения, отсутствие надлежащих полномочий у представителя стороны, подписавшего соглашение и т.д. (ст. 19, п. 1 ЗМТА).

Во-вторых, решение арбитража, местонахождение которого находится на территории Республики Болгария, основанное на незаключенном между сторонами или недействительном арбитражном соглашении, подлежит отмене по исковому заявлению стороны, для которой решение является невыгодным, – ст. 47, п. 1, т. 2 ЗМТА. Производство по заявлению об отмене является одноинстанционным. Компетентным рассматривать этот иск является Верховный кассационный суд, чье решение является окончательным. Согласно болгарскому законодательству стороны не могут по взаимному согласию исключить возможность отмены арбитражного решения.

II.

1. Арбитражное соглашение порождает компетенцию арбитража только по отношению к конкретному материально-правовому спору, индивидуализированному в арбитражном соглашении. Нормальным считается, когда сторонами по арбитражному соглашению являются стороны по материальному правоотношению, в связи с которым возник спор. Это положение относится как к случаям, когда соглашение включено в договор в виде оговорки, так и когда оно оформлено и заключено в виде отдельного соглашения.

В материальном правоотношении, в связи с которым возник спор, возложенный на арбитраж, могут наступить изменения – как в содержании прав и обязанностей сторон этого правоотношения, так и по отношению к его субъектам.

Арбитражная практика в последние годы все чаще сталкивается с заменой стороны правоотношения, наступившей после подписания арбитражного соглашения между первоначально договаривающимися сторонами.

2. Замена может быть следствием универсального правопреемства, наступившего в материальном правоотношении. Такое правопреемство наблюдается при наследовании физического лица, при реорганизации или слиянии торговых товариществ – сторон материально-правовой сделки. В этих случаях замена стороны наступает по предписаниям закона, а не по воле сторон. Правовое положение универсального правопреемника является зависимым и производным от положения стороны, подписавшей арбитражное соглашение. Поэтому универсальный правопреемник тоже становится стороной арбитражного соглашения, подписанного его правопредшественником. Он может сослаться на него по отношению к другой стороне, а последняя может противопоставить его универсальному правопреемнику, несмотря на то, что он не участвовал в его заключении.

В Регламенте Арбитражного суда при Болгарской ТПП (ст. 32, п. 2) конкретно указано, что в случае смерти одной из сторон или при прекращении существования юридического лица, производство по делу продолжается в лице правопреемника, если таковой имеется.

В болгарской доктрине и практике, как арбитражной, так и государственных судов, это является бесспорным.

3. В случае частного правопреемства в материальном правоотношении к правопреемнику переходят отдельные права – одно или несколько прав правопредшественника, которые включены в материальное правоотношение. Частное правопреемство, как правило, возникает в результате сделки, заключенной между одной из сторон материального правоотношения и третьим лицом. Оно, однако, может наступить и вследствие определенных фактов, предусмотренных законом.

4. Остановимся на практике Арбитражного суда при Болгарской ТПП, сформировавшейся в связи с действием арбитражного соглашения по отношению к третьим лицам, которые не участвовали при его заключении.

Вопрос возникал в случаях частного правопреемства.

4.1. Первоначально и чаще всего впоследствии вопрос о компетенции арбитража ставился в связи с цессией (уступкой права требования).

Истец, в качестве цессионера, предъявляет иск на цессионное право требования, основанное на договоре, заключенном между цедентом и ответчиком по предъявленному иску, содержащему арбитражную оговорку. Еще из искового заявления видно, что цедент не является стороной по арбитражному соглашению, на которое он ссылается. Однако поскольку спор является арбитрабильным и относимое к нему арбитражное соглашение заключено в письменной форме, у Арбитражного суда нет оснований отрицать свою компетенцию. Более того, как в ЗМТА, так и в Регламенте Арбитражного суда при Болгарской ТПП предусмотрена возможность заключения арбитражного соглашения через конклюдентные действия.

Согласно ст. 7, п. 3 ЗМТА, когда ответчик письменно или посредством заявления, зафиксированного в протоколе арбитражного заседания, соглашается на рассмотрение спора арбитражем или когда участвует в арбитражном производстве, не оспаривая компетенцию арбитража, считается, что налицо действительное арбитражное соглашение. Учитывая эту возможность, Решающий орган (РО) проверяет свою компетенцию только при своевременном поступлении возражения со стороны ответчика о том, что истец-цессионер не является стороной по арбитражному соглашению и, следовательно, арбитраж не является компетентным рассматривать предъявленный иск. Этим возражением ответчик-должник по праву требования противопоставляется вступлению цессионера в арбитражную оговорку.

Почти одновременно, по двум делам, принятым к производству в Арбитражном суде при Болгарской ТПП в 2001 г., различные составы Арбитражного суда дали противоположные ответы на вопрос, может ли цессионер ссылаться на арбитражное соглашение, по которому он не является стороной. Иначе говоря, обоснованным ли будет возражение ответчика по компетенции арбитража на том основании, что цессионер не является стороной по арбитражному соглашению. Состав по международному арбитражному делу №8/2001 г. постановил, что цессионер может ссылаться на арбитражную оговорку в договоре с цедентом, по которому возникло цессионное право требования. На этом основании возражение

ответчика относительно того, что арбитраж не является компетентным, было признано необоснованным. Арбитражный суд исходил из того, что:

– арбитражная оговорка является принадлежностью цессионного права требования согласно предписаниям ст. 99, п. 2 болгарского Закона об обязанностях и договорах. Согласно этой статье переданное право требования переходит к новому кредитору с привилегиями, обеспечениями и другими принадлежностями, включая денежные пени, в случае если не оговорено иное;

– уступка требования переходит к цессионеру (новому кредитору) в правовом состоянии, в котором оно находилось у цедента в день цессии. Это относится как к материально-правовому, так и к процессуальному состоянию права требования, если нет конкретно оговоренных исключений в договоре цессии. Элементом процессуального состояния права требования является и арбитражная оговорка.

Вывод, к которому пришел состав по этому делу, заключался в том, что арбитражная оговорка между цедентом и должником переходит к цессионеру согласно самому договору о цессии и уведомлению цессионного должника. Поэтому подразумевается, что, несмотря на то, что цессионер не подписывал договор с арбитражной оговоркой, он может воспользоваться правовой возможностью искать защиты против должника через оговоренный арбитраж.

По внутреннему арбитражному делу №5/2001 г. высказано противоположное мнение: по возражению ответчика состав постановил, что он не является компетентным разрешить спор между цессионером и должником по цессионному требованию. Этот вывод мотивирован тем, что арбитражное соглашение не является принадлежностью правового требования по смыслу ст. 99, п. 2 Закона об обязанностях и договорах. Поэтому цедирование материального права не означает автоматическую передачу и права по арбитражному соглашению. Арбитражное соглашение, несмотря на то, что всегда связано с конкретным материальным правоотношением, все-таки является самостоятельным договором различной природы и правовых последствий. Кроме права обратиться к оговоренной арбитражной институции, арбитражное соглашение порождает и процессуальные обязанности в широком смысле слова, а именно подчинение встречной стороны по соглашению компетенции оговоренной арбитражной институции и вынесенному ею решению по существу спора. Права и обязанности сторон арбитражного соглашения не являются встречными, а направлены в оговоренный арбитраж. Арбитражное соглашение порождает права и обязанности только по отношению к сторонам, которые его заключили. Оно не распространяет свое действие на третьих, не участвовавших в нем лиц, – в данном случае на цессионера. Чтобы воспользоваться арбитражной оговоркой по договору своего цедента и должника, цессионер должен вступить в арбитражное соглашение между цедентом и должником только с согласия обеих сторон. Согласие должника может быть выражено через неоспаривание компетенции арбитража, в котором возбуждено дело по исковому заявлению цессионера. Этот состав решил также, что уведомление должника относительно цессии

является достаточным для того, чтобы она породила материально-правовое действие по отношению к нему, но не является достаточным для того, чтобы обязать его арбитражным соглашением по отношению к цессионеру.

В период до 2009 г. число арбитражных дел, возбужденных по исковому заявлению цессионера, значительно возросло. В то же время, в практике Арбитражного суда при Болгарской ТПП по отдельным делам составы придерживались двух вышеуказанных мнений. Следует подчеркнуть, однако, что первое мнение о том, что арбитражная оговорка в договоре между цедентом и должником имеет действие и по отношению к цессионеру, стало доминирующей практикой. Наличие противоречивой практики, связанной с компетенцией арбитража, само по себе является нежелательным и подрывает авторитет институции. Поэтому согласно ст. 8, п. 3, т. 3 и п. 2 Регламента Арбитражного суда при Болгарской ТПП на собрании арбитражной коллегии, состоявшемся 18 марта 2009 г., большинством было принято обязательное для арбитров решение, согласно которому арбитражная оговорка, включенная в договор между цедентом и должником, имеет действие и в отношениях между цессионером и должником.

4.2. Как было указано выше, позиция Арбитражного суда в отношении своей компетентности подлежит контролю со стороны Верховного кассационного суда в производстве по отмене арбитражного решения. Согласно ст. 47, п. 1, т. 2 ЗМТА недействительность арбитражного соглашения является основанием для отмены арбитражного решения.

По исковому заявлению ответчика, который своевременно предъявил свое возражение относительно отсутствия компетенции у Арбитражного суда по иску, предъявленному цессионером, двумя своими решениями Верховный Кассационный Суд постановил, что арбитражная оговорка распространяет свое действие и на цессионера. Эта позиция мотивирована тем же самым образом, что и позиция арбитража, а именно, что арбитражная оговорка является принадлежностью цессионного права требования и переходит к цессионеру одновременно с началом действия цессии.

Вскоре после этого Верховный кассационный суд изменил свою практику относительно компетенции арбитража по отношению к цессии. Решения противоположного содержания стали преобладающей и последовательной практикой этого суда. В этих решениях Верховный кассационный суд отрицает позицию относительно того, что арбитражная оговорка является принадлежностью цессионного права требования. Основным доводом этой практики является то, что арбитражная оговорка является самостоятельным, отдельным договором, автономным от основного материально-правового договора. Для вступления цессионера в арбитражную оговорку, являющуюся частью договора между цедентом и должником, необходимо явно выраженное согласие и со стороны цессионного должника. Верховный кассационный суд придерживается мнения, что цессия сама по себе – с момента уведомления о ней должника – не распространяет свое действие на арбитражное соглашение касательно споров между цессионером и цессионным должником.

Мотивируя этим, Верховный кассационный суд последовательно признает обоснованными все иски об отмене арбитражных решений, вынесенные по предъявленному цессионером иску, в случаях, когда ответчик не дал предварительного согласия на вступление цессионера в арбитражное соглашение и своевременно оспорил компетенцию арбитража. Верховный кассационный суд ясно отрицает ссылки на обязательную для арбитров практику, основанную на решении коллегии, принятого на основании Устава Арбитражного суда при Болгарской ТПП, так как последний не имеет нормативного характера.

Поставленный в условия риска отмены решений, основанных на преобладающей арбитражной практике в случаях цессии, когда предъявляется иск по ст. 47, п. 1, т. 2 ЗМТА, Арбитражный суд при Болгарской ТПП был вынужден отступить от обязательной для арбитров практики, касающейся действия цессии по отношению к арбитражной оговорке.

5. Хотя и чаще всего встречающаяся в арбитражной практике цессия – не единственный случай замены стороны в материальном правоотношении, который ставит вопрос о действии арбитражного соглашения по отношению к новой стороне, которая не участвовала при его заключении.

У Арбитражного суда при Болгарской ТПП был повод выразить позицию касательно своей компетенции в случае замены стороны материального правоотношения, которая наступает по предписаниям закона, а не по воле одной из сторон материально-правового договора, содержащего арбитражное соглашение. По международному арбитражному делу №35/2012 г. истец – страхователь обосновал компетенцию Арбитражного суда при Болгарской ТПП арбитражным соглашением, которое включено в виде оговорки в экспедиционный договор, заключенный между экспедитором и получателем товара, который был уничтожен. Иск основан на суброгировании страхователя в права удовлетворенного кредитора.

Арбитражный суд признал необоснованным своевременно предъявленное возражение ответчика-экспедитора относительно отсутствия действительного арбитражного соглашения между сторонами спора. Арбитраж постановил, что так как застрахованное лицо – сторона арбитражного соглашения с ответчиком, удовлетворено, то произошла суброгация немецкого страхового общества-истца по предписаниям закона и не только в его материальные права против экспедитора, но и в арбитражной оговорке, включенной в экспедиторский договор. Через законную суброгацию страхователь занимает в целом положение застрахованного и не может быть поставлен в позицию, отличающуюся от позиции застрахованного, включительно и по отношению к процессуальной возможности разрешения спора арбитражем. После того как страхователь удовлетворил застрахованного, он приобрел право на предъявление иска против лица, причинившего ущерб, и может также как и застрахованный воспользоваться этим правом в арбитраже на основании арбитражной оговорки, включенной в экспедиторский договор, заключенный между ними. Предусмотренный в этой оговорке способ разрешения возможных споров относится

к правоотношению в целом и к его развитию и не может быть ограничен в действии только по отношению к первоначальным сторонам.

Верховный кассационный суд не согласился с мотивами, которыми Арбитражный суд при Болгарской ТПП обосновал свою компетенцию по арбитражному делу. Решением 2015 года Верховный кассационный суд отменил решение арбитража по указанному делу из-за отсутствия действительного арбитражного соглашения между сторонами по данному спору. В резюме позиция Верховного кассационного суда сводится к следующим соображениям:

Учитывая его правовые последствия, арбитражное соглашение является самостоятельным процессуальным договором. Оно порождает действие только по отношению к сторонам этого соглашения, в том числе и когда оно включено в материально-правовой договор в виде оговорки. Вступление страхового общества в принадлежащее застрахованному право на возмещение убытков не могло бы привести к вступлению и в предусмотренную в экспедиционном договоре арбитражную оговорку, так как страховательное общество не заменило пострадавшего в материально-правовом договоре. Арбитражная оговорка не является принадлежностью материального права, обладателем которого по правилам вступления в права пострадавшего кредитора, становится страхователь. Оговоренная между сторонами экспедиционного договора компетенция Арбитражного суда при Болгарской ТПП относительно разрешения споров, связанных с выполнением обязательств по договору, не представляет собой акцессорное право, или право, имеющее обеспечительный характер по отношению к материальному праву, обладателем которого стал страхователь. По правилам законной суброгации к суброгированному страхователю переходят только права, но не обязательства, а арбитражное соглашение порождает не только права, но и обязательства для сторон, которые заключили этот процессуальный договор в связи с разрешением спора арбитражем.

У Верховного кассационного суда был повод подтвердить свое мнение, что компетенция арбитража подразумевает обстоятельство, что только стороны по арбитражному соглашению могут быть сторонами по арбитражному делу. Случай был таковым: цессионер предъявил иск относительно права требования к цессионному должнику в государственный суд. Должник-ответчик попросил прекращения процесса, ссылаясь на арбитражное соглашение, содержащееся в договоре с цедентом. Суд первой инстанции признал возражение необоснованным, а апелляционный суд подтвердил акт суда первой инстанции. Обе инстанции постановили акт по следующим соображениям, которые были восприняты и Верховным кассационным судом: цессионер не является стороной арбитражного соглашения, которое распространяет свое действие только на отношения между цедентом и должником, которые его подписали.

У Верховного кассационного суда был случай, когда он вынес акт относительно компетенции арбитража при субъективной новации в правоотношении, спор по которому первоначальные стороны отнесли на рассмотрение в арбитраж. Решением 2013 г. №46/08.05.2013 г. по т.д. №789/2012 г., II т.о., Верховный

кассационный суд постановил, что при новации арбитражная оговорка распространяет свое действие и по отношению к новой стороне, так как налицо необходимое согласие всех участвовавших до настоящего момента сторон и новой стороны, которая предъявила иск, основанный на новации.

Хоть и не по теме, интерес вызывает и незаконченный процесс по делу, возбужденному в государственном суде по иску процессуального заместителя (субституента), предметом которого является требование бездействующего должника к его должнику, основанное на договоре между обоими, в котором содержится арбитражная оговорка. Процессуальный заместитель располагает правом предъявить иск от своего имени и потребовать выполнения обязательства ответчиком в пользу своего бездействующего должника – так называемый косвенный или суброгационный иск (action obliqua). Он не является обладателем предъявленного таким иском материального права и согласно действующему законодательству (ст. 26, п. 4 ГПК), суд должен привлечь как сторону необходимого компаньона истца и обладателя предъявленного права.

Ответчик по делу – должник должника-истца отправил возражение относительно арбитражной оговорки в договоре, подписанном между ним и должником, и на этом основании попросил государственный суд, который рассматривает иск, прекратить производство по делу. Должник, назначенный в качестве истца, отправил возражение, что арбитражное соглашение является недействительным, так как подписано представителем без необходимых полномочий представляющего. Государственный суд до настоящего момента не вынес никакого акта относительно возражения об отсутствии подведомственности конкретного спора.

Позиция преобладающей практики Верховного кассационного суда по этому вопросу, несмотря на то, что не разделяется мнением большинства арбитров Арбитражного суда при Болгарской ТПП, внесла изменения в его практику и восприятие тезиса Верховного кассационного суда по объяснимым причинам.

III.

Автор данного материала всегда придерживался мнения, что сама по себе замена стороны материального правоотношения не влечёт за собой замену субъектов арбитражного соглашения. Основным аргументом в поддержку этого мнения является относительная независимость этого соглашения от материально-правового спора, для разрешения которого оно заключено. Эта независимость налицо, когда оно заключено как самостоятельное, отдельное соглашение или включено в виде одной из оговорок материально-правового договора, являющегося источником спорного правоотношения. Нормативным основанием в болгарском законодательстве является ст. 19, п. 2 ЗМТА.

Как договор, подписанный между сторонами, арбитражное соглашение должно соответствовать определенным общим требованиям при заключении договоров – правоспособность и дееспособность сторон, необходимые полномочия, когда оно заключено через представителя стороны и т.д. Как договор

арбитражное соглашение порождает последствия для сторон, которые его заключили, а для третьих лиц – только в предусмотренных законом случаях – ст. 21, п. 1 ЗОД. По отношению к арбитражному соглашению такие случаи не предусмотрены действующим законодательством.

По отношению к изменениям в арбитражном соглашении, какими являются замена стороны соглашения, подлежит применению ст. 20а, п. 2 ЗОД. Согласно этой статье текст договора может быть изменен по взаимному согласию сторон или в нормативно предусмотренных случаях. Замена стороны материально-правового отношения, независимо от того, происходит это на основании сделки или по предписаниям закона, не является нормативно предусмотренным исключением. Арбитражная оговорка находится вне обхвата частного правопреемства при цессии, потому что не является принадлежностью права требования. Следовательно, для замены стороны арбитражного соглашения – вне гипотезы универсального правопреемства – необходимо согласие новой и первоначальных сторон арбитражного соглашения.

Регламент Арбитражного суда при Болгарской ТПП регулирует вопрос об участии третьих лиц в арбитражном процессе посредством вступления или вовлечения. По этому вопросу в ЗМТА отсутствуют предписания. Ст. 32, п. 3 предусматривает, что изменение иска через замену определенной стороны другим лицом допустимо по согласию обеих сторон и лица, которое вступает в качестве стороны по делу. Предписания Регламента не имеют нормативного характера и действия по отношению к третьим лицам, которые не являются сторонами арбитражного соглашения – источник компетенции арбитража. Такую силу указанные предписания Регламента могут приобрести по согласию обеих сторон производства по делу и арбитражному соглашению и третьего лица, которое заменяет одну из них или вступает в арбитражное производство в качестве ее помощника. Вступивший дает согласие через саму свою просьбу о вступлении, т.е. через конклюдентное действие, а согласие вовлеченного лица должно быть ясно выражено. Как согласие первоначальных главных сторон, так и согласие новой стороны или вовлеченного лица должно быть выражено в письменной форме. Достигнутое взаимное согласие является по своей сути арбитражным соглашением, которым первоначальные стороны и новая сторона или третье лицо предоставляют арбитражу право вынести арбитражное решение, которое имеет действие и по отношению к новой стороне, соответственно, и по отношению к третьему лицу. То же самое требование относительно согласия следует применить и в случаях, когда истец хочет изменить свой иск, включая соистца или соответчика. Такое изменение иска допустимо только если между сторонами по делу и соистцом/соответчиком будет заключено дополнительное арбитражное соглашение, возлагающее разрешение спора на арбитраж, в котором подано исковое заявление.

Правда и то, что очерченные регламентные предписания относятся к заменам сторон в висящем арбитражном производстве. Но нет оснований не

применять эти предписания и при предшествовавшей его замене одной из сторон соглашения.

В заключение всё можно обобщить таким образом: арбитражное соглашение, которым стороны возлагают на арбитраж разрешение всех или некоторых споров, которые возникли между ними относительно определенного договорного или внедоговорного правоотношения, само по себе не является помехой для передачи прав этого правоотношения, но сама по себе замена впоследствии не проявит действия арбитражного соглашения по отношению к новому обладателю материального права. Чтобы сослаться на арбитражное соглашение, заключенное между первоначальными сторонами, необходимо согласие всех сторон, включительно и старой незамененной стороны. Это согласие может быть достигнуто до предъявления иска в оговоренный арбитраж новым обладателем права через непротиводействие старой стороне по соглашению, т.е. через конклюдентно выраженное согласие с заменой.

PUBLIC POLICY AND PUBLIC POLICY CLAUSE: THEORY AND PRACTICE

Vasil I. Kisil[247]

The doctrine of international private law and civil law often deals with such notions as "public policy," "public policy clause," "international public policy," "domestic public policy," "transnational public policy," "public policy in the sense of international private law," etc. Since recently, these categories have been increasingly encountered in judgments and arbitral awards. Their interpretation approaches may not be treated as uniform ones. Therefore, it would be appropriate if we touch upon some doctrinal and practical aspects of this problem.

To formulate the modern study of **public policy** in the meaning of international private law, we proceed from such legislative provision as article 8 of the Napoleonic Code, under which private agreements may not disturb public order and good morals. This appears to be the reason why the French term "*ordre public*" is so popular. The above provision is a classic example of the domestic public policy rule. Its purpose is to prevent any changes in mandatory provisions of the French law under the parties' agreement. Such provision deals with legal relationships of domestic nature and does not concern the field of interests of international private law. No indication of non-application of foreign law leaves this issues to discretion of courts. Moreover, it should be noted that, before the notion of "public policy" appeared, Roman law had been operating such categories as "good morals" (*boni mores*); a conflict with "good morals" gave rise to invalidate agreements. These categories preceded the notion of "public policy" and laid down those fundamentals we are using now. The category of "good morals" had been used as the ground not to apply foreign law starting from 14th century, until the French Civil Code (FCC) was adopted. One of the novelties introduced by the FCC was that the legislation referred, for the first ever, to the notion of "public policy," which was to substitute the notion of "good morals."

Article 6 of the FCC contained the rule, under which statutes relating to public policy (*ordre public*) and good morals (*bonnes moeurs*) might not be derogated from by private agreements." This was the effect of Romanian law. Essentially, the FCC reiterated such Roman law principle as "*ius cogens privatorum pactis mutari non potest*," under which private agreements might not change so called "mandatory rules," otherwise such agreements were null and void. In accordance with articles 1131 and 1133 of the FCC, any conflict with such rule makes an agreement null and void and, specifically, by operation of article 1133 of the FCC, a cause is unlawful where it is prohibited by legislation, contrary to public morals or public policy. Soon after the FCC was adopted, legislations of many countries started operating the term "public policy," which reintroduced the rule that agreements made in contrary to the public policy and good morals were invalid.

---

[247] **Vasil I. Kisil** – Doctor of Legal Sciences, Professor of the Department of International Private Law Institute of International Relations, Taras Shevchenko National University of Kyiv Senior Partner, Vasil Kisil & Partners Law Firm

Once such a category as the "public policy" was embodied in the French law and other countries' laws, the role previously assigned to the notion of "good morals" started degrading gradually. In time, this led to that, among these two categories of "public policy" and "good morals" set forth in article 6 of the FCC, the first one was practically used only. In other words, the category of "public policy" assimilated, as a matter of fact, the notion of "good morals" and, notwithstanding some references in the laws of many countries, such notion no longer had a self-dependent function, but was rather treated as one of aspects of public policy. German legislator has been, for a great while, refusing using the notion of "public policy" in its law due to its ambiguity. The category of "good morals" (*guten Sitten*) has been successfully used in the German law (see §138 of the German Civil Code (GCC) and article 30 of the Introductory Act to the GCC (in its previous wording). Because of this, the notion of "good morals" has come to be used essentially in the same meaning in the German law as in the other countries using the notion of "public policy." Considering this, amendments to international private law, which were introduced to the Introductory Act to the GCC in 1986, replaced the notion of "good morals" with the generally accepted term "public policy" (ordre public) (article 6 of the Introductory Act to the GCC (in the current wording).

The modern concept of public policy, having succeeded the traditions laid down in the French law, distinguishes such categories **"domestic public policy"** (ordre public interne) and **"internal public policy"** (ordre public international).

In view that article 6 of the FCC states that public policy is applicable to domestic relationships only and, from the very outset, was aimed at protecting personal freedoms and family values, and compliance with general moral rules, its application is limited to private relationships without involvement of a foreign element. Such interpretation of this provision does show the essence of the domestic public policy. A scope of application of the domestic public policy is rather wide: it is used in civil, family, labor laws (in legal relationships without involvement of foreign persons). The domestic public policy is most often the ground to invalidate an agreement (hold as null and void). As a matter of Ukrainian law, this is article 228 of the Civil Code of Ukraine that states that transactions are null and void if they are made in violation of the public policy[248].

Under the laws of some countries, agreements (or their certain conditions), which scope or purpose is criminally punishable, or clearly immoral actions that restrict or prevent fundamental rights and personal freedoms, to be more specific, such as those that restrict legal ability or personal non-property rights, those imposing on a debtor onerous obligations or restricting competitions[249] are, as a rule, held as violating the public policy.

The most complicated thing is that legislative acts in various countries do not give clear definition to the notion of "public policy." The Law of Ukraine on International

---

[248] Analysis of provisions in Article 228 / Civil Code of Ukraine, seeCivil Code of Ukraine: Scientific and Practical Comment. Under the editorship of authors of the Civil Code of Ukraine K. 2004, Istyna, pages 185–189 (authored by O.V. Dzera)

[249] See, for a substantial analysis of this problem, D.V. Afanasiev, Public Policy Clause in the Manual on International Private Law in 2 volumes, volume 1. General Part. Executive Editor S.N. Levedev, E.V. Kabatova, M. 2011, pages 314-326

Private Law uses the term "public policy" and generally describes it through "fundamental principles of public policy." Similar approaches are common in the laws of the other countries. For example, according to article6 of the Introductory Act to the GCC (in its wording in effect in 1986), any breach in "fundamental rights" and "fundamental principles of the German law" shall be treated as a conflict with the public policy. Under §6 of the Austrian Act on International Private Law (1978), public policy is among the "basic values of the Austrian law order." Article 6 of the Polish Law on International Private Law (2011) interprets the public policy as "fundamental principles of the law order in the Republic of Poland." Article 5 of the Georgian Law on International Private Law (1998) operates such term as "basic legal principles," instead of the term "public policy." Venezuelan Act on International Private Law (1998) refers to violation of the "general principles of the Venezuelan public policy" (article 5). The Estonian Law on the General Principles of the Civil Code (128) refers, instead of a violation of public policy, to conflicts with the "constitutional order or good morals." Article 975 of the Iranian Civil Code (1928) states that foreign law that does not conform to good behavior and "disturb public opinion" is contrary to the public policy. The laws of the People's Republic of China equate the public policy to public interests of the People's Republic of China (article 150 of the General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China (1986)). However, legislative acts do not expressly define the notion of ‹'public policy' or "fundamentals of the law order." It is true that the notion of "public policy" is multidimensional and depends on many specific conditions. Therefore, the most complicated aspect of the public policy problem is to identify the essence of this category. The complexity is that its essence may hardly be identified in legislative terms because of doctrinal differences. This is due to the very core of public policy molded by historical, social, economic, political, ethnocultural and other factors driving the development of each specific legal system. Since these conditions are different, as they depend on a geopolitical position of the country and change as time goes, then it is hardly possible to formulate in doctrinal terms any one common approach to identify the essence and function of *ordre public* as a social and legal phenomena. Therefore, the difficulty we face with defining the "public policy" may be explained in view that this notion lies at the intersection of the law, politics, ethics, morality, philosophy, and economy and that the idea of the law order fundamentals changes in time.

The aforementioned categories ("law order fundamentals," "constitutional order," "fundamental principles of law," "fundamental law," etc.), and other notions ("moralities," "basics of morality and justice," "public interests," etc.) comprise the notion of "public policy," i.e., are its component. Therefore, by way of example, any conclusion that an agreement does not meet the basics of morality implies that such agreement is contrary to one of aspects of the public policy.From a practical point of view, if it is not possible or is difficult to introduce a clear definition, then a complicated notion is usually defined by listing its characteristics. As far as public policy is concerned, having analyzed jurisprudence and views of some scientists, we may distinguish a number of elements, which in most cases are included in this category and may characterize such notion as "law order fundamentals" (public policy) of Ukraine: a) basic fundamental

principles of the domestic law of Ukraine that comprise such mandatory provisions of public, private and procedural law that laid down the framework of the law order currently existing in Ukraine; b) generally acceptable principles of morality and justice that are important to the Ukrainian law order and dominating in the Ukrainian society; c) legitimate interests of Ukrainian individuals and legal entities, Ukrainian state and Ukrainian society, which protection with the primary objective of the Ukrainian legal system; d) generally acceptable principles and provisions of international law, which are a part of the Ukrainian legal system and, especially, international law standards of human rights.

Explanations regarding the application of the category of public policy and the definition of the notion as such are set out in Resolution No.12 of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine, dated 24 December 1999 "On the Court Practice of Considering Applications for Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards and Setting Aside Decisions Rendered in International Commercial Arbitration in Ukraine." Paragraph 8 of clause 12 of the Resolution states that: "in this and other cases when no infringement of it (public policy – *V.K.*) renders it possible to recognize and enforce court judgments/arbitral awards, the public policy shall be understood to include the legal order of the State, the fundamental principles underlying the existing order of the State (relating to its sovereignty, integrity, independence and immunity, fundamental constitutional rights, freedoms, guarantees, etc.)."[250]

Eventually, French judicial practice expanded the scope of application of article 6 of the FCC by covering relationships involving a foreign element (in the area of international private law). This was the reason to substantiate the notion of "international public policy" in the doctrinal and then in practical application.

At first glance, the domestic public policy and international public policy coincide in many aspects and are closely interrelated. The same cases that concern the infringement of public policy often deal with infringement of the domestic public policy as well. Thus, clause 3 of §81 of the Statute of Enforcement Proceedings of Austria (1896) directly states that the enforcement of a foreign judgment will be rejected, if its enforcement would result in invalidating legal relationships held as invalid under the Austrian law since they are not consistent with public policy or morals. Therefore, a court may refuse enforcing a foreign judgment, if such judgment states that an agreement is valid, while the domestic law says that such agreement is invalid since it is not consistent with public policy.

Moreover, the domestic public policy and international public policy differ by their own essence and a ground for application. To be more specific, this was the circumstance referred to by the Court of Appeal of Paris in the resolution, dated 20 June 2002

---

[250] For some specifics of judicial interpretation of the category of public policy in Ukrainian courts, see Resolution No.22 of the Plenum of Higher Commercial Court of Ukraine "On Some Issues of the Invalidation of Transactions (Commercial Agreements)," dated 29 May 2013; Summary of the Supreme Court of Ukraine "Judicial Practice of Considering Civil Cases for Invalidating Transactions," dated 24 November 2008; Resolution No.922/16 of Kharkiv Commercial Court of Appeal, dated 22 July 2016; Resolution No. 923/378/16 of the Higher Commercial Court of Ukraine, dated 30 November 2016; Resolution No.15/529 of the Higher Commercial Court of Ukraine, dated 11 June 2008/

having stated that international public policy did not match the domestic public policy in view of its essence, as set forth in article 6 of the FCC. Article 6 of the FCC is aimed at regulating, in the first place, the domestic public policy, which the international public policy should be defined separately without reference to article 6 of the FCC. The term "international public policy" is of rather conventional nature. They proposed to use in France a more precise definition of this term: **"public policy in the sense of international private law"** (ordre public au sens du droit international prive). Definitely, this term is the most suitable, since it allows distinguishing the public policy existing in the law of one country (it refers to the public policy in the sense of international private law) from transnational (international) public policy existing beyond certain countries[251].

As stated above, "public policy in the sense of international private law" ("international public policy") and "domestic public policy" are not basically different legal categories; however, the former one is aimed to regulate relationships with the involvement of a foreign element, i.e., legal relationships arising out of international transactions, while the latter one is to regulate domestic relationships, i.e., legal relationships without the involvement of a foreign element. Furthermore, each country formulatesits own legal category of "domestic public policy" and category of "public policy in the sense of international private law" ("international public policy") and limits their application to the framework of such country's legal system.

Since recently, the idea of **"transnational international public policy"** has been actively discussed in the doctrine of international private law. It is also called "actual international order" (ordre public vraiment international), which has an autonomous meaning and is formulated beyond the framework of certain country. Examining the "transnational public policy", Y.V. Kabatova says that it essentially concerns fundamental principles, on which the cooperation between countries is built, rather than a legal system of certain country[252]

The essence of the transnational public policy is described by sufficient uncertainty. Generally accepted principles and provisions of the international law are regarded to be their parts, while the transnational public policy ensues from certain provisions of international treaties. Thus, the UN Charter, UN Universal Declaration of Human Rights (1948) and Covenants on Civil Rights (1966) are usually regarded as sources of such public policy. The principles that prohibit racial and religious discrimination, slavery, corruption, smuggling, etc., are usually named as examples of the transnational policy.

The **European public policy** that exists in EU countries is considered to be a kind of the transnational public policy. The practice of the Court of Justice of the European Communities and European Court of Human Rights deals with the European public policy. Judgment No.126/97 of the European Union, dated 1 June 1999 and rendered in case of Eco Swiss Chine Time Ltd construed as public policy rule article

---

[251] See: D.V. Afanasiev, page 320

[252] See: E.V. Kabatova, Public Policy Clause // Lectures on Actual Problems of International and European Private Law / Under the editorship of L.N. Galenskaya and M.L. Etina, SPb, 2004, pages 320

81 of the Treaty Establishing the European Union, which provides that any agreements are invalid if they are aimed at preventing or restricting market competition. Practice of the European Court of Human Rights recognizes that provisions laid down in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are a part of the European human rights and treats provisions of such Convention as "instruments of European public policy in the sphere of human rights" (see case of *Loizidou v. Turkey*).

The international public policy is the reason not to apply foreign law. For example, the category of "international public policy" is used in such capacity in article12 of the Law of Ukraine on International Private Law. Traditionally, international private law provides for such a rule in the legislation (see, for example, article 17 of the Swiss Act on International Private Law (1987), §6 of the Austrian Act on International Private Law (1978). A similar provision is also set out in international treaties. To be more specific, article 16 of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980) provides that "the application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ('ordre public') of the forum." It specially outlines that a conflict with public policy should be apparent (see also article 6 of the Introductory Act to the GCC (effect in 1986), article 27 of the Swiss Act on International Private Law (1987), article 5 of the Venezuelan Act on International Private Law (1998), clause 5 of article 3155 of the Civil Code of Quebec (1991)).

As regards the Ukrainian law order, we should mention that our court applies the foreign law referred to in the conflict of law provision considering that Ukraine has the law order of its own. Therefore, the application of foreign law rules should not be in conflict with the basic principles of the local law order. Our law allows applying foreign law, governs the procedure for its application and, at the same time, defines acceptable limits of its application in Ukraine. Such a function is vested in the specific institute of international private law called **"public policy clause"** (ordre public; public policy; vorbehaltsklausel), which is known almost to all world's legal systems applying conflict of law principles. As a matter of fact, such an institute of law governs any potential restrictions of domestic conflict of law principles. This is so since the conflict of law principle is drafted so that it may refer to any legal system and the court, having identified such foreign law, faces the dilemma: whether it is obligated to apply any foreign norm, to which the domestic conflicts of law rule refers. The idea of the public policy clause goes back to the epoch of glossators and postglossators and is closely tied to the development of the general theory of the conflicts of law. Dutch lawyers (Ulrich Huber and Johannes Voet) commenced yet in the 17th century substantiating this international private law phenomena in doctrinal terms by proving that countries' laws were of territorial nature and, accordingly, foreign laws might not be applicable within the territory of Holland. So, a foreign law may be recognized as applicable on certain occasions based on the "comity of nations" (comitas gentium) principle, but such recognition shall be without prejudice to the state sovereignty and rights ofcitizens. Notwithstanding that the public policy clause became thereafter more complex and was

improved, its principally significant essence remained and did not change essentially and was further developed in works of such lawyer as Savigny from Germany and Mancini from Italy and in the French doctrine of conflicts of law.

Modern literature dedicated to international private law deals with the *ordre public* clause mostly as a category or institute of international private law aimed at preventing adverse effects by referring to foreign law based on the conflicts of law principles. In this regard, we should keep in mind two important characteristics of *ordre public*: 1) we may not speak of the application of the *ordre public* clause, if there are no conflicts of law rules referring to foreign law, and 2) we should not apply the foreign law or recognize subjective rights arising by operation of the foreign law in view of adverse effects on such law order from such application or recognition. Within the international private law doctrine, there are different views of the essence and functions of this phenomena. Due to inconsistent doctrinal approaches, legislators in most countries operate with general definitions only, so *ordre public* clauses resemble each other in various laws. It is a rare occasion that we can see a law more or less specifically indicating to what should be understood as the notion of "public policy" and how the public policy clause should be applied to it. As a general rule, courts are to explain this based on their interpretation of the law rules, qualifying the set of facts in the case and giving doctrinal constructions.

Functions of the public policy clause are reflected in the doctrine in **two key concepts – positive and negative**. The positive one is mostly associated with the aforementioned article of the French Civil Code, under which the public policy is a certain set of internal rules of law, which, in view of their basic significance for protection of social and moral values of this state, should be used at all times, even if the domestic conflicts of law rule refers to the foreign law. Alternatively, according to the negative concept of *ordre public*, which is inherent to various schools of international private law, such as, German one, public policy should not be defined in terms of internal substantive rules. The priority is given here to negative and unacceptable features of the foreign law. The foreign law, which should be applied by operation of the domestic conflicts of law principles, shall be applicable, since its norms are not consistent with the public policy of this state. Therefore, such concept rests on the specific nature of certain norms and principles of the domestic law, while the second one dwells on negative features of the foreign norm. As a matter of practice, there is no clear distinction between the positive and negative concepts of the international public policy, none of which is applied in its pure form. Today we may state that the negative concept has come to be widely used in international public policy, while the positive one is still doctrinal, even in France. Because of this, French courts use in fact the category of "international public policy" based on the negative concept by assessing negative features of the foreign norm.

In doctrinal terms, the concept of positive public policy and concept of supermandatory rules are often found to be identical or significantly similar. According to the latter concept, laws in each country contain provisions of special importance, which may not be deviated from (*ius cogens*) and which are applicable to relationships involving a foreign element, whether they are governed by the foreign law or not. Both

French judicial practice and judicial practice in the other countries often treat the legal rules set out in the domestic legislation (such as, currency control, employment, transport and competition laws) as a kind of rules of international public policy (*lois d'ordre public international*).

To implement the negative concept approach, we need to ascertain what is the essence of the foreign law and to verify whether it is consistent with the law order in the country of the court.

Article 12 of the Ukrainian law referring to rules of foreign law not alone, but the foreign law in general, should not be applicable for reasons of the public policy (unlike article 571 of the Civil Code of Ukrainian SSR). Accordingly, if a court invokes the public policy clause and refuses to apply the foreign law rule, this should not prevent such court from applying another rule of this foreign legal system consistent with the public policy of Ukraine.

We should note that judges are widely wrong when perceiving the important ground to refuse applying the foreign law by mistake. When deciding whether it is necessary to use such protective mechanism as public policy, the court should not proceed from the foreign rule being inconsistent with the basics of Ukrainian law order, but the fact that our legal system may not accept or recognize **consequences of applying the foreign law**. Though such committed position was widely recognized in the international private law science, now it is expressly embodied in article 12 saying that "if their (*rules of the foreign state – V.K.*) application leads to consequences obviously inconsistent…" In other words, a court may invoke the clause if the applicable rule of foreign law may give rise to such results that are inconsistent with our public policy. The court practice has examples when the objective content of foreign law rule did not correspond to consequences of its application. We can give several distinctive examples. A rule of Muslim law about a polygamy is contrary to the fundamental principles of Ukrainian law order that rests on the principled position of monogamy. A married foreigner may not expect to have another marriage registered in Ukraine, notwithstanding that his domestic law may afford him such an opportunity. Furthermore, if a Ukrainian court is to consider an issue of aliments for maintenance of a child born in a polygamous marriage and recognizing such child to be born in a marriage, then it would be lawful to recognize the polygamous marriage; accordingly, the child born in such marriage should not be treated contrary to the fundamental principles of our law order. It is so since the consequences of applying the foreign law do not contradict the fundamental principles of Ukrainian law order that gives comprehensive protection to rights and interests of children. Another example concerns same-sex marriages. Following provisions of a constitutional norm (article 51 of the Constitution of Ukraine and article 21 of the Family Code), such a marriage is not possible in Ukraine. In certain countries, such marriages and alliances are legalized (Sweden, Norway, Denmark, the Netherlands, France, Hungary, Iceland, Finland, some U.S. states). Naturally, if two citizens of the same sex originating from the country where such marriages are registered would file an application in Ukraine for formalizing such marriage, they will be refused on lawful grounds, notwithstanding that their personal law vests such right in

them. However, what to do when such persons who formalized their marriage in the country, when the law gives such opportunity, move permanently to Ukraine, jointly purchased real property and one of them died? Would the surviving spouse be entitled to inherit, for example, the residential property such spouses purchased commonly? Probably, here we should agree with those who believe, in view of such example, that subjective rights to inherit may be recognized in Ukraine, since they are not contrary to the fundamental principles of our law order.

A court or another law enforcing authority may invoke the public policy clause, if the application of foreign law norms would result in consequences "clearly inconsistent" with the fundamental principles of the Ukrainian law order. Such "clearly inconsistence" requirement obligates the judge to demand evidence to make sure that such inconsistence is beyond any doubt. Essentially, this provision of the law guides judges to apply this clause only if the judge has no doubts that the application of foreign law rule would give rise to results unacceptable from the perspective of Ukrainian legal consciousness and restrict the scope of invoking the clause and exclude its wide application.

If the court has arrived at a conclusion that the foreign law rule may not be applied since it gives rise to consequences inconsistent with the public policy, the judge should decide what law rule shall be applied instead of the rejected one. Article 12 of the Law states that "the law that most closely connected the legal relationships shall be applicable and if such law cannot be identified or applied, the law of Ukraine shall be the governing law." The rule of "the closest connection" or its possible modifications ("the closest connection," "the most significant connection," "the most reasonable connection") falls within a generation of flexible conflicts of law rules, which is new to the Ukrainian law and is set out in many foreign acts on international private law and international treaties. This means that, if certain foreign law rule is not applied since it is contrary to the fundamental principles of the Ukrainian law, such rule should be found in the legal system which the existing legal relationships are most closely connected to. And in such event only, if rules of such foreign law order may not be applied (for example, for the reason that they are contrary to the Ukrainian public policy) or if such law order is not applicable at all, the Ukrainian law should be applicable. Upon defining the "the closest connection," due account should be taken of certain facts and circumstances alone, but of the entirety of circumstances occurring in each specific case and proving that there is such connection, and there should be ascertained how such connection is established.

It was quite reasonably to insert paragraph 2 of article 12 in the Law. More so as it is not acceptable that judgments rendered by some court allowed a significantly wider interpretation to apply the public policy clause, which resulted in invoking such institute for the only reason that the contents of Ukrainian and foreign laws were different. Even when there are crucial differences between the Ukrainian and foreign laws, the difference as such may not serve as the ground to apply the public policy clause. That is why the legislator additionally stated that the application of foreign law rules may be refused only if the foreign state's legal, political or economic system is different, even

significantly, from the legal, political or economic system of Ukraine. This rule also restricts significantly the application of the public policy clause. More so as there are lots of countries with different political, economic and legal systems, so it would be unacceptable to apply the public policy clause for the only reason that there are differences in these systems. If we would go this way, this would lead to non-application of foreign law at all and denying the existence of the international private law as such. Therefore, to apply the public policy clause, it would be necessary in each specific case to substantiate that the application of foreign law rules will led, beyond any doubt, to results that are not consistent with the Ukrainian law order.

The public policy clause should be used in the international private law not alone, but in the international civil process as well. However, we should point out to some basically essential aspects since both literature and juridical practice deal with the issue of proportion between the substantive law and procedural law elements of the public policy. We can hardly find in the practice of the ICAC at the Ukrainian CCI any case at all when foreign law rule was rejected for the reason of clear conflict with the Ukrainian public policy. Quite another case is when international public policy is used in the other aspect, i.e., upon resolving such issues as recognizing and enforcing foreign judgments or arbitral awards within the territory of the other state. If enforcement of any of such decision may result in violating the international public policy, its recognition and enforcement may be refused.

The international public policy is used in this aspect under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958. Article V (2) of this Convention states that recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country. As you know, article 34 of the Law of Ukraine on International Commercial Arbitration provides that a court may set aside arbitral awards if such court arrives at a conclusion that the arbitral awards is contrary to the public policy of Ukraine. Article 36 of the same Law likewise allows rejecting the recognition of enforcement of an arbitral award if the court finds that the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of Ukraine. This has nothing to do with the country where the arbitral award was rendered. There is a question whether the court is entitled, when setting aside an award rendered in the international commercial arbitration or rejecting the recognition or enforcement of such award, to invoke rules of public policy, if the ICAC at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry has rendered its decision by applying rules of Ukrainian law or foreign arbitral award, which recognition and enforcement is sought in our court, was also rendered pursuant to rules of Ukrainian law. It is worth mentioning, in the context of these issues, the recommendation issued by the International Law Association at its 70th conference held in New Delhi (India) in 2002. This document, which is dedicated to public policy, uses such term as "international public policy" as the ground to reduce recognition and enforcement of arbitral awards. International public policy should be understood as a set of principles and rules recognizable by the

state, which may prevent from recognizing and enforcing arbitral awards rendered in the international commercial arbitration, if such recognition or enforcement would result in violation of these principles and rules or in procedural aspects or to the extent related to contents of the decision as such. Moreover, the international public policy of any country includes fundamental principles and fundamentals of justice and morality, which the state intends to protect even this does not directly concern the state as such; rules supporting fundamental political, social and economic interests of the state (public policy rules); state's duty to comply with its obligations to the other public and international organizations.

Since recently, the **international procedural public policy** has been distinguished in relation to the recognition and enforcement of foreign judgments in the meaning of compliance with basic procedural principles and, specifically, observance of the parties' rights to protection.

To be more specific, article 3155(3) of the Civil Code of Quebec (1991) states that a foreign judgment shall not be enforced, if it has been rendered in violation of the fundamental procedural principles. In accordance with article 27 of Swiss Act on International Private Law (1987), a foreign judgment enforcement may be rejected in Switzerland, if the defendant has not been properly summoned to the court session, so that the Swiss fundamental litigation principles have not been complied with and, specifically, if the defendant has not been enabled to submit its arguments. Thus, in accordance with article 64 (b) of the Italian Civil Code, a foreign judgment must be recognized in Italy, if the defendant's fundamental rights to be protected have been observed during the proceedings and the defendant was notified of commencement of the litigations against it. Article 65 of Italian CC specially states, in relation to any foreign judgments concerning legal capacity of persons, existence of family relationships or personal non-property rights, that they are recognized in Italy, if they are not contrary to the public policy and were rendered in compliance with all fundamental principles of the parties to protection. Article 6 (1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which guarantees the right to a fair and public trial, may be seen as an example of a rule setting out **transnational procedural public policy**. To be more specific, the European Court of Human Rights finds a violation of the right to a fair and public trial when the parties involved in civil proceedings are prevented from attending a court session (see the case of Yakovlev v. Russia). A breach in the principles of the adversarial process and parties' equality, when one of the parties involved in the litigation is afforded less favorable conditions as compared to the other one, shall also be treated as violation of the right to a fair trial (case of McMichael v. United Kingdom). These provisions available from the practice of the European Court of Human Rights comprise the fundamental procedural principles, which exist beyond legal systems of certain countries.[253]

Therefore, the public policy clause may in no way be interpreted as non-recognition of the foreign law. This is just **some and very exceptional case when rules of foreign**

[253] See, for more detail, D.V. Afanasiev, page 324–326

law may not be applied, which shall be thoroughly substantiated. Either in future or in present, the public policy clause may play both positive and negative roles in terms of regal regulation of relationships involving a foreign element. This may be the case when foreign law rules preventing from progressive development should not be allowed, however, there may be a case when the public policy is used for conservative purposes. We should keep in mind that a specific feature of the public policy clause is its essence relativity in time and space. The same foreign law rule may be contradictory now, but in future it may conform to public policy of the same country. It is essential not to tolerate in future the erroneous practice of extensive interpretation of the public policy clause, which interpretation significantly undermines trust of potential investors. We should treat with due care the application of this clause, while judges should thoroughly examine experience of *ordre public* applied in the practice of European countries.

Moreover, it is important to keep in mind that, unlike the very notion of "public policy," the "public policy clause" as such should be embodied in the legislation (regulations) Based on doctrinal developments, it should lay down, in the most common form, the rule that governs the protection of the domestic law order against potential adverse consequences caused by applying a foreign law or recognizing and enforcing a judgment. In other words, legislator's key objective relating to *ordre public* is to set the **general principle of protection**. Therefore, if such or another law rule is categorized into the public policy, such categorization should be construed. In this case, now this is judicial and arbitral bodies who should resolve this issue proceeding from the global experience of applying the public policy clause and high qualifications of judges and arbitrators.

АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И ИЗМЕНЕНИЕ СУБЪЕКТНОГО СОСТАВА ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

А.А. Кот[254]

Как свидетельствует практика рассмотрения споров, связанных с невыполнением международных контрактов, важную (а иногда и решающую) роль в формировании стратегии защиты интересов клиента играет выбор сторонами арбитражной институции, которая будет считаться компетентной для рассмотрения споров по такому контракту.

Право сторон международного контракта выбирать для разрешения споров такой орган по собственному усмотрению является одним из наиболее глубоких проявлений цивилистического принципа свободы договора, присущего доктрине и законодательству большинства европейских стран, в том числе и Украине.

Вопрос о выборе компетентного арбитражного органа, как правило, решается сторонами путем включения в контракт т.н. «арбитражной оговорки» или заключения «арбитражного соглашения».

Согласно ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»[255] (далее – «Закон о МКА»), арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определённых споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с какими-либо конкретными правоотношениями, независимо от того имеют ли они договорной характер или нет.

Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключается путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием других средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена искового заявления и отзыва на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в соглашении на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что соглашение заключено в письменной форме и эта ссылка делает указанную оговорку частью соглашения.

Аналогичные положения содержатся и в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года[256], а также в Нью-Йоркской конвенции 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений[257].

---

[254] **Алексей Александрович Кот** – доктор юридических наук, управляющий партнер ЮФ «АНТИКА», Член Совета по вопросам судебной реформы при Президенте Украины

[255] О международном коммерческом арбитраже [Электронный ресурс]: Закон Украины от 24.02.1994 г. (с последующими изменениями). – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4002-12

[256] Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 года [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_069

[257] Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_070

Стоит также отметить, что в международно-правовой доктрине выделяют и такой вид арбитражной оговорки как «арбитражный компромисс» – самостоятельное арбитражное соглашение, которое заключается сторонами, как правило, уже после возникновения между ними спора. По сути, компромисс и заключается в поиске сторонами арбитражного органа (институционного арбитража или арбитража *ad hoc*) для разрешения конфликта с учётом целого ряда обстоятельств – места рассмотрения спора, квалификации арбитров, расходов, связанных с рассмотрением (ведением) дела в конкретном арбитраже, порядка рассмотрения спора и др.

Следовательно, арбитражный орган, принимая решение о собственной компетенции касательно рассмотрения спора по международному контракту, будет руководствоваться арбитражным соглашением сторон, а также соответствующими правовыми нормами.

В этом контексте важной с практической точки зрения является проблема оценки (квалификации) арбитражной оговорки в процессе решения судом вопроса о собственной компетенции касательно лиц, которые формально не заключали арбитражное соглашение.

Наиболее ярким проявлением такой ситуации является модификация договорных отношений в связи с изменением субъектного состава сторон международного контракта. Будет ли связано первоначальным арбитражным соглашением лицо, которое в момент его заключения не выступало его стороной?

Прежде всего, чтобы найти ответ на этот вопрос, по нашему мнению, необходимо определиться, является ли зависимость арбитражной оговорки от основного контракта «абсолютной» или же она касается лишь случаев недействительности основного контракта?

Иными словами, как правильно следует толковать положения ст. 16 Закона о МКА, согласно которой арбитражное соглашение, являющееся частью договора, должно трактоваться как соглашение, независимое от других условий договора?

Одним из классических примеров автономности арбитражной оговорки является решение Внешнеторговой арбитражной комиссии в деле по иску ВО «Союзнефтеэкспорт» к "JOC Oil Ltd"[258]. В указанном деле, которое стало хрестоматийным в международном частном праве, истец (ВО «Союзнефтеэкспорт») подписал с ответчиком ("JOC Oil Ltd") контракт на поставку нефти и нефтепродуктов. В связи с приостановкой оплаты поставка продукции также была приостановлена. На основании арбитражного соглашения истец обратился к Внешнеторговой арбитражной комиссии. Ответчик – "JOC Oil Ltd" – прежде всего, ссылался на недействительность контракта, так как он был подписан без соблюдения предусмотренных законодательством процедур (был подписан лишь одним лицом). По мнению ответчика, недействительность контракта влекла за собой и недействительность предусмотренного в нем арбитражного

[258] См. Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник/ М.М. Богуславский – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 1998. – с. 386-387.

соглашения и соответственно отсутствие компетенции арбитражной институции на рассмотрение спора. Внешнеторговая арбитражная комиссия признала контракт недействительным, но отклонила возражения ответчика в части арбитражной оговорки, так как исходила из автономности арбитражной оговорки. По этому поводу в решении отмечалось, что арбитражное соглашение может быть признано недействительным только в случае выявления пороков воли (ошибка, введение в заблуждение и др.), нарушения требований закона в отношении содержания и формы заключенного арбитражного соглашения. В результате Внешнеторговая арбитражная комиссия признала, что арбитражное соглашение является процессуальным договором, который не зависит от материально-правового договора, а поэтому вопрос о действительности или недействительности последнего не влияет на арбитражное соглашение.

Таким образом, при рассмотрении вопроса о недействительности контракта, стороны которого заключили арбитражное соглашение, можно считать, что арбитражное соглашение является независимым от «основного» контракта, даже в том случае, если арбитражная оговорка фактически является его частью.

В то же время, распространяется ли такая автономность арбитражного соглашения на случаи, когда обязательство остаётся в силе, но изменяется его субъектный состав?

Существуют три основные правовые формы изменения субъектного состава обязательства:

1) универсальное правопреемство;

2) переход прав кредитора;

3) перевод долга.

Рассмотрим несколько возможных вариантов изменения субъектного состава контракта, в котором содержится арбитражное соглашение: универсальное правопреемство (например, в случае прекращения юридического лица-стороны контракта в результате реорганизации) и сингулярное правопреемство (в случае передачи прав требования кредитора).

Отличительной чертой универсального правопреемства является наличие полного перехода прав и обязанностей от первичного субъекта права к его правопреемнику. Б.Б. Черепахин в этой связи отмечал, что при универсальном правопреемстве имущество лица как совокупность присущих ему прав и обязанностей переходит к правопреемникам как единое целое, при чём в этой совокупности единым актом переходят все отдельные права и обязанности, которые принадлежали в момент правопреемства продавцу, независимо от того, обнаружены они к этому моменту или нет[259]. Именно при переходе прав кредитора в порядке универсального правопреемства можно говорить о замене активной стороны в обязательстве – в этом случае первоначальный кредитор полностью вытесняется из обязательства своим правопреемником.

---

[259] Див.: Черепахин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву//Б.Б. Черепахин – М.: Госюриздат, 1962. – С. 20.

Переход прав кредитора к третьим лицам является изменением обязательства на стороне активного субъекта, которое выражается, как правило, в полной замене первоначального кредитора третьим лицом (новым кредитором), при этом новый кредитор полностью вытесняет из обязательства первоначального кредитора.

Перевод долга по своему содержанию фактически является аналогичным изменением пассивной (или обязанной) стороны со всеми соответствующими последствиями.

В контексте вопроса об определении обязательности арбитражного соглашения для правопреемников нового кредитора или нового должника следует отметить, что характерной особенностью, присущей институту замены лиц в обязательстве, является то, что такая замена происходит в рамках действующего обязательства. Ни один другой элемент обязательства, за исключением субъекта, не меняется.

Согласно ст. 514 Гражданского кодекса Украины[260] к новому кредитору переходят права первоначального кредитора в обязательстве в объёме и на условиях, существующих на момент перехода этих прав, если иное не установлено договором или законом.

Зеркальной нормой-гарантией прав должника в случае замены кредитора является ст. 518 ГК Украины, согласно которой должник имеет право выдвигать против нового кредитора в обязательстве возражения, которые он имел против первоначального кредитора на момент получения уведомления о замене кредитора.

Изложенное дает основания утверждать, что таким образом законодатель не только обеспечил надлежащую защиту интересов слабой стороны в обязательстве, но и обеспечил реализацию принципа стабильности делового оборота в гражданском праве.

При таких обстоятельствах обоснованным, по нашему мнению, является вывод о том, что лицо, вошедшее в состав существующего обязательства, связано арбитражным соглашением, которое было заключено первоначальными сторонами контракта.

Такой вывод подтверждается и материалами соответствующей судебной практики.

Так, рассматривая дело №5015/4353/11 по иску Hatwave Hellenic American Telecommunications Wave Limited к Украинско-кипрскому совместному предприятию с иностранными инвестициями в форме общества с ограниченной ответственностью «Українська хвиля» и компании «Лифпрем Компани Лтд» о признании права собственности и истребовании доли в уставном капитале, Высший хозяйственный суд Украины в постановлении от 07.11.2012 г.[261] пришёл

---

[260] Гражданский кодекс Украины [Электронный ресурс]: Закон Украины от 16.01.2003 (с последующими изменениями). – Режим доступа http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15

[261] Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 07.11.2012 г. по делу №5015/4353/11 [Электронный ресурс]. – Режим доступа http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27322195

к выводу, что *замена одной из сторон договора залога на основании договора уступки права требования не влечёт за собой изменения других условий обязательства, в т.ч. и условия касательно рассмотрения спора Лондонским Международным Арбитражным судом.* При таких обстоятельствах Высший хозяйственный суд Украины признал, что на данный спор распространяется действие арбитражной оговорки, изложенной в соответствующем пункте договора залога.

Аналогичную позицию заняла и другая коллегия Высшего хозяйственного суда Украины, рассматривая дело №910/13318/16 по иску общества с ограниченной ответственностью «Фінансова компанія «Бізнес Факторинг» к публичному акционерному обществу «Укрнафта» и обществу с ограниченной ответственностью «Зурбаган-Юг» о взыскании 513 255,89 долларов США. В частности, в постановлении от 18.04.2017 г.[262] коллегия судей ВХСУ отметила, что *в связи с заключением договора факторинга новое обязательство не возникает,* а происходит замена кредитора в существующем обязательстве; *соответственно, и условия контракта касательно рассмотрения всех споров, возникающих между Сторонами при его выполнении Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Украины, не изменяются и остаются в силе и для нового кредитора.* А значит, на спор, возникший между ООО «Фінансова компанія «Бізнес Факторинг» и ПАО «Укрнафта» касательно выполнения условий контракта, распространяется действие арбитражной оговорки, изложенной в указанном контракте.

Подтверждение положения об обязательности арбитражной оговорки в случае замены стороны обязательства можно найти и в иностранных источниках. Так, в частности, *Jim James* и *Ben Ridgeon,* анализируя проблематику влияния и обязательности арбитражных соглашений для третьих лиц, отмечают, что уступка права требования представляет собой исключение, когда стороны, которые не были первоначальными сторонами в контракте, имеют право использовать и одновременно являются связанными арбитражным соглашением.[263]

Как отмечает Albana Kaparanco, принцип независимости арбитражного соглашения не является абсолютным, иначе он вызвал бы «абсурдные последствия». На основании анализа ряда источников исследователь пришёл к выводу о том, что по общему правилу принцип независимости арбитражного соглашения не распространяется на случаи уступки права требования[264].

Изложенное дает основания для следующих общих выводов.

---

[262] Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 18.04.2017 г. по делу №5015/4353/11 [Электронный ресурс]. – Режим доступа http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66080886

[263] James Jim, Ridgeon Ben, "Arbitration Agreements Becoming Involved Despite not Being a Party", International Arbitration Report 2014, Norton Rose Fullbright 2014, available at http://www.nortonrosefulbright.com/files/20141002-arbitration-agreements-121532.pdf retrieved on 2 March 2015, 6.

[264] Kaparanco Albana, "Assignment of the Arbitration Agreement: Perspectives of Leading Jurisdictions", LL.M. Short Thesis, Central European University, 27 March 2015, available at http://www.etd.ceu.hu/2015/karapanco_albana.pdf

Изменения субъектного состава в обязательстве не приводит к возникновению новых правоотношений между первоначальными сторонами контракта, по которому это обязательство возникает, и новыми сторонами (правопреемниками, новыми кредиторами или должниками).

При таких обстоятельствах арбитражная оговорка является составной частью действующего контракта, которая представляет собой исключение из принципа независимости арбитражного соглашения, а потому является обязательным для новых участников международного договора.

ИСКЛЮЧЕНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ ОГОВОРКОЙ О ПРИМЕНИМОМ ПРАВЕ

Леена Лехтинен[265]

Вступление в силу Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 г.) с 1 февраля 1991 г. для Украины, а с 1 сентября 1991 г. для Российской Федераций как преемника прав и обязательств СССР имело очень важное значение для внешней торговли между украинскими, российскими и иностранными предприятиями.

Для зарубежных партнеров значимость этой правовой базы для урегулирования гражданско-правовых отношений увеличилась в последние десятилетия во время реформирования правовой системы Украины и России. Даже для опытных экспертов права частые изменения внутреннего гражданского законодательства Украины и России являются настолько сложными, что для своего клиента оптимальным представляется применение международного частного права для определения более верных и удобных норм.

Можно констатировать, что гражданское законодательство Украины и России успешно развивается в русле рыночной экономики, свободы договора и предпринимательства. Разработанные унифицированные нормы и их единообразное толкование являются в торговле с украинскими и российскими партнерами не менее важным, чем во взаимоотношениях с другими организациями из государств-участников Венской Конвенции.

Бизнесмены, занимающиеся внешней торговлей, осведомлены о Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, хотя не являются юристами. Они считают такие унифицированные нормы более безопасными и удобными для внешнеторговых сделок по сравнению с национальными законами. Следовательно, у фирм, планирующих торговые отношения с украинским или российским партнером, первым при подготовке договора стоит следующий вопрос: «Является ли Украина или Россия участником Венской Конвенции?».

Юрист, занимающийся внешней торговлей, знает, что для договоров международной купли-продажи товаров нормы Конвенции не всегда являются достаточно конкретными для определения правовых отношений сторон. Поэтому необходимо определение применимого права посредством включения оговорки о применимом праве в договор или на основе норм международного частного права.

Очень часто у юристов, занимающихся внешней торговлей, возникает вопрос, надо ли включать в договор оговорку о применимом праве или целесообразно оставить этот вопрос открытым для определения при необходимости

---

[265] **Леена Лехтинен,** доктор экономических наук, кандидат юридических наук, доцент международного коммерческого права в университетах г. Турку и Тампере (Финляндия), арбитр МКАС при ТПП Украины и РФ, консультант (юридическая фирма «Лекс Леена Лехтинен»).

нормами международного частного права. В случае спора суд или арбитраж решает этот вопрос на основе коллизионных норм.

Хотя стороны включили в договоре оговорку о применимом праве, определение правовых норм, регулирующих торговые отношения сторон, не всегда оказывается беспроблемным. Для России оказалось очень проблематичным толкование оговорки о применимом праве в случае выбора права России. Проблема состоит в том, надо ли учитывать унифицированные нормы Венской Конвенции или в отношениях сторон следует применять только внутреннее законодательство Российской Федерации. Нередко российские юристы и арбитры трактуют оговорку о применимом праве как исключение применения Венской Конвенции.

В силу положений подпункта b) пункта 1 статьи 1 Венской Конвенции она применяется к договорам международной купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах, когда применимо право государства-участника Конвенции. Согласно статье 6 Венской Конвенции стороны могут исключить ее применение либо отступить от любого из ее положений или изменить его действие.

Толкование этой нормы оказалось очень проблематичным, и часто финские юристы обращаются ко мне с вопросом, будут ли применяться нормы и принципы Венской Конвенции, если применимым правом является право России/ законы РФ/ законодательство РФ и т.д. Ответить однозначно не могу, поскольку российские юристы и арбитры по-разному толкуют этот вопрос, но подчеркиваю, что мой опыт в качестве арбитра МКАС подтверждает уважение верховенства международных унифицированных норм над национальными законами.

Но это было до недавних пор, теперь так утверждать я не могу. Последний мой опыт участия в качестве арбитра показал, что я не всегда могу влиять на толкование договорного выбора сторон в качестве применимого права России, включая нормы Венской Конвенции.

Я была недавно арбитром в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС), дело 20/2016.

Спор был по контракту купли-продажи между сторонами из Чехии и России. Указание на применимое право содержалось в Контракте, согласно которому «применимое право – действующее законодательство Российской Федерации, включая, но не ограничиваясь, все федеральные, региональные (нормативные акты субъекта Российской Федерации), муниципальные акты, влияющие на выполнение Контракта». В английском варианте данного пункта Контракта стороны использовали термины «current law of the Russian Federation» – действующее право РФ. Согласно Контракту его текст на русском языке имеет преимущественную силу.

В соответствии с пунктом 1 статьи 28 Закона о МКА РФ и пунктом 1 §26 Регламента МКАС третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора.

Хотя стороны в качестве применимого права определили в Контракте не право, а законодательство Российской Федерации ("current law of the Russian Federation" в английской версии Контракта), неправильно констатировать, что стороны договорились о применении только той части российской правовой системы, которая включает в себя нормативные акты, регулирующие гражданско-правовые отношения внутри страны, и не охватывает международные договоры Российской Федерации.

Необходимо отметить, что в направленных в МКАС документах и в переписке сторон есть прямые ссылки на положения Венской Конвенции. Ответчик в отзыве ссылается не раз на Венскую Конвенцию, например, ответчик констатирует, что: «…Конвенция … стала частью российского права и в силу соглашения сторон… она применима к настоящему спору». В заседаниях арбитры не рассмотрели вопроса о применимом праве ни при участии сторон, ни при обсуждении арбитров между собой.

С учётом изложенного выше, полагаю, что Истец и Ответчик своим соглашением не исключили применение Венской Конвенции. Следовательно, я полагаю неправильной позицию других рассматривавших дело 20/2016 арбитров МКАС, считающих, что Истец и Ответчик своим соглашением исключили применение Венской Конвенции, как было написано в решении подписанной двоими арбитрами. Согласно статье 38 Регламента МКАС я изложила своё особое мнение, поскольку я была не согласна с принятым решением по вопросу о применимом праве.

Мне, конечно, известна точка зрения многих российских юристов, которые считают, что выбор в договоре российского законодательства в качестве применимого права означает исключение Конвенции[266].

Я не могу согласиться с этими юристами в силу следующих причин:

1) Обоснование этой точки зрения является слишком теоретическим, и нельзя требовать такого глубокого знания российского законодательства от иностранных юристов, не говоря уже о зарубежных бизнесменах, занимающихся торговлей.

2) По этому вопросу Конвенция ясно определяет, что стороны могут исключить применение Конвенции либо ее отдельных положений (статья 6). Следовательно, исключение должен быть однозначным и конкретным.

3) В случае определения применимого материального права оговоркой или нормами международного частного права оно применяется как субсидиарное право в случае отсутствия прямых норм в Конвенции (статья 7).

Такое мнение представляет и некоторые российские специалисты, в том числе профессор Кабатов В.А. и профессор Асосков А.В., которые очень подробно аргументирует точку зрения о невозможности парализовать действие

[266] М.Г. Розенберг, К вопросу о толковании условий договора в практике МКАС, Международный коммерческий арбитраж, Статут Москва 2012, и также Применение Венской конвенции 1980 г. в практике МКАС при ТПП РФ, Статут Москва 2007

Конвенции не применением российского права, не применением российского законодательства[267].

Учитывая экономические и политические проблемы, которые затрудняют торговые связи, в том числе между Россией и Финляндией или Украиной, хотелось бы, чтобы в гражданско-правовых отношениях не было бы таких неопределенностей при построении договорных коммерческих отношений на основе общих международных норм и принципов.

[267] В.А. Кабатов, Условия применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. в практике МКАС, Международный коммерческий арбитраж, Статут Москва 2012. А.В. Асосков, Венская конвенция ООН 1980 года о договорах международной купли-продажи товаров, постатейный комментарий к положениям определяющим сферу ее применения, Консультант Плюс

ВЫБОР ПРИМЕНИМОГО ПРАВА К ДОГОВОРУ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ И ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Р.А. Майданик[268]

I. Выбор применимого права к договору по законодательству Украины

а) Выбор права и автономия воли

Обязательным вопросом права большинства частно-правовых споров с иностранным элементом является выбор применимого права к содержанию правоотношений, что дает возможность решить конфликт между несколькими конкурирующими правопорядками, претендующих на регулирование международных частных отношений.

Полномочие определять право, применимое к договорным обязательствам, представляет собой признание субъективного права сторон, а с точки зрения положительного правового порядка автономия воли является приоритетной привязкой для определения применимого права при регулировании договорных отношений с иностранным элементом[269].

Для определения права относительно содержания договора в украинском праве задействованы основные начала коллизионного права – автономия воли и более тесная связь (статьи 4, 5, 32, 43, 44 Закона о МЧП).

Следует отметить, что правом страны, которое применяется на основе этих принципов, охватываются не только права и обязанности сторон договора, но также вопросы его действительности и толкования, правовые последствия недействительности договора.

Статут договора, кроме перечисленных выше вопросов, содержит также вопросы исполнения договора и последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора (относительно способов и процедур исполнения, а также мер, которые должны быть предприняты в случае ненадлежащего исполнения договора, в некоторых спорных ситуациях возможно применение права страны, в которой осуществляется исполнение); прекращения договора; уступки права требования и перевода долга по договору[270].

Выбор применимого права основывается на принципе автономии воли, который считается общепризнанным основополагающим принципом договорных обязательств и одним из краеугольных камней системы коллизионных норм в сфере международного частного права.

---

[268] **Роман Андреевич Майданик –** арбитр МКАС при ТПП Украины, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедры гражданского права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко.

[269] См.: Бендевский Т. Международное частное право: учебник/Т. Бендевский; пер. с македон. – М.: Статут, 2005 – (446 с.). – С. 312; *Діковська І.А.* Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія/І. А. Діковська. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 177–179.

[270] Міжнародне приватне право: підручник/за ред. А.С. Довгерта і В.І. Киселя. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 430.

Принцип автономии воли продолжает завоевывать новые сферы, что находит отражение в его распространении за пределы договорных обязательств.

Указанная тенденция очевидно отражает западную концепцию индивидуальной свободы и принцип *"in dubio pro libertate"* (в случае сомнения – в пользу свободы действий граждан). И наоборот, наблюдается повышенный интерес к специальным ограничениям и проявлениям «выбора права»[271].

Институт автономии воли призван решать коллизию законов путем выбора применимого права сторонами определенных правоотношений и устанавливать случаи и условия осуществления такого выбора, с учетом норм национального законодательства о публичном порядке и т. п.[272].

Положения об автономии воли делятся на коллизионные и материальные.

Автономия воли как коллизионная формула прикрепления предусматривает, что в случаях, установленных законом, участники (участник) частноправовых отношений с иностранным элементом могут самостоятельно осуществлять выбор права, подлежащего применению к содержанию таких отношений *(lex voluntatis).*

В современном праве принцип автономии воли сторон известен праву большинства стран и закреплен во многих международных документах.

Принцип автономии воли сторон нашел отражение в ст. 3 Римской конвенции, а позже – в ст. 3 Регламента «Рим I» и других международных документах (например, в Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (ст. 7), Межамериканской конвенции и др.

В ноябре 2012 года Специальная комиссия по выбору права в международных договорах Гаагской конференции международного частного права приняла проект Гаагских принципов о выборе права в международных договорах.

Согласно преамбуле этого документа он устанавливает общие принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах.

Принципы могут быть использованы как модели национальных, региональных или международных наднациональных документов, а также для интерпретации, дополнения и развития норм международного частного права.

Их могут применять как государственные суды, так и арбитражи.

Общие правила и критерии применения выбора права и автономии воли предусмотрены статьями 4 и 5 Закона Украины «О международном частном праве» (далее – Закон Украины о МЧП).

Согласно ч. 1 ст. 4 Закона о МЧП право, подлежащее применению к частноправовых отношений с иностранным элементом, определяется в соответствии

---

[271] См.: Leible St. Perteiautonomie im IPR – Algemeines Anknuepfungsprinzip oder Verlegenheitsloesung? // Festschrift fuer Erik Jayme. Vol. 1. Muenchen, 2004. – S. 485–503; Базедов Юрген, Право открытых обществ – частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права = The Law of Open Societies – Private Orderingand Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law/Юрген Базедов; пер. с англ. Ю.М. Юмашева. – М.: Норма, 2016. – (384 с.). – с. 116.

[272] Міжнародне приватне право: підручник/за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – с. 148.

с коллизионными нормами и положениями коллизионного права этого Закона, других законов, международных договоров Украины.

Современное нормативное закрепление принципа автономии воли содержится в ст. 5 Закона о МЧП. Часть первая указанной нормы Закона предусматривает, что в случаях, предусмотренных законом, участники (участник) правоотношений могут самостоятельно осуществлять выбор права, подлежащего применению к содержанию правовых отношений[273].

Правовое регулирование выбора применимого права, предусмотренное Законом Украины о МЧП, восприняло основные положения Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, Гаагской конвенции 1986 г. о праве, подлежащем применению к договорам международной купли-продажи, других актов международно-правового характера и опыт кодификаций в области МЧП.

б) Форма выбора права

Согласно ч. 2 ст. 5 Закона о МЧП выбор права, который самостоятельно осуществляется участниками, должен быть явно выраженным или прямо следовать из действий сторон сделки, условий сделки или обстоятельств дела, которые рассматриваются в их совокупности, если иное не предусмотрено законом.

Если выбор права касается только части сделки, то согласно ч. 4 ст. 5 Закона о МЧП он должен быть явно выраженным.

О «явной выраженности» воли сторон относительно выбора права свидетельствуют определенные формулировки в договоре или ином документе, к которому может отсылать договор, которые характеризуются тем, что прямо указывают на право определенного государства как применимое право к договору в целом или отдельной его части.

Часто стороны, желающие исключить действие коллизионных норм права определенного государства, конкретизируют, что договор регулируется материальным правом…»[274].

Примерами таких условий могут быть: «Договор подчиняется материальному праву…», «Все вопросы, не урегулированные настоящим договором, возникающие из него или в связи с ним, регулируются материальным правом …».

Европейская доктрина и судебная практика исходят из того, что выбор права является явно выраженным и в тех случаях, когда стороны в договоре не указывают право конкретной страны, а отмечают общий принцип определения такого права[275].

Указанный подход был поддержан Палатой Лордов по делу *"Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A.",* в котором

---

[273] Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 №2709-IV, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, №32, ст. 422 – стаття 5.

[274] Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія/І. А. Діковська. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 181.

[275] См. : Merret L. Conflict of Laws Lectures/L. Merret. – Trinity College. – 2012. – (24 р.).– С. 3; Діковська І. А. Вказ. пр. – С. 181.

отсылка в договоре на стандартные условия, содержащие выбор права применимого договора права как «право государства, под флагом которого плавает судно», была расценена как явно выраженный выбор французского права[276].

Более сложным является вопрос о выборе права, который явно не осуществлен, но который, как указывает ч. 2 ст. 5 Закона о МЧП, следует из определенных факторов.

В этом случае о наличии выбора права можно утверждать только тогда, когда очевидно, что это действительный выбор, сделанный сторонами[277].

Согласно ч. 2 ст. 5 Закона о МЧП такими факторами являются: 1) действия сторон договора; 2) условия договора; 3) обстоятельства дела.

Важным также является то, что для вывода о косвенном выборе права указанные факторы должны рассматриваться в совокупности.

Следует учитывать, что законодательство других стран несколько иначе определяет факторы, позволяющие установить косвенный выбор применимого права. Так, в свое время ч. 1 ст. 3 Римской конвенции[278] к ним относила: 1) условия договора; 2) обстоятельства дела. Данный подход отражен в ч. 1 ст. 3 Регламента «Рим I»[279].

Доклад (до Римской конвенции) к таким факторам относит использование при заключении договора стандартной формы, о которой известно, что она подчиняется определенному праву, хотя в ней нет прямого указания на это. В качестве примера приводится полисная форма Ллойда по морскому страхованию.

В других случаях таким фактором может быть предыдущий ход деловых отношений между сторонами договора. Например, в договорах, ранее заключенных между сторонами, мог содержаться выбор права, однако по каким-то причинам следующий договор не содержит такого условия.

Если будет установлено, что стороны не умышленно упустили данное условие и что они не имели намерения изменить решение этого вопроса, есть все основания полагать, что они выбрали право, указанное в предыдущих договорах.

Выбор того или иного форума также может быть фактором в пользу осуществленного выбора права.

Однако Доклад предупреждает, что он всегда должен оцениваться в совокупности с другими условиями договора и обстоятельствами дела.

Ссылка в договоре на нормы права того или иного государства также может свидетельствовать о косвенном выбор права (в Докладе качестве примера приводятся ссылки на нормы Гражданского кодекса Франции, которое приводит к выводу о выбранном французском праве).

---

[276] Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A. [Електронний ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступу: http: www.i-law.com

[277] Carlquist H. Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration / H.Carlquist ; School of Business, Economics and Law. – Master Thesis GOETEBORG UNIVERSITY, 2006. – (45 p.). – P. 14.

[278] Конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань, підписана у Римі 19 червня 1980 р.

[279] Регламент (ЄС) №593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань» («Рим I»)» від 17 червня 2008 р.

К иным обстоятельствам, которые могут побудить к выводу о косвенном выбор права, Доклад относит выбор права в договорах, заключенных между теми же сторонами, связанными с данным договором; выбор места проведения арбитража, при условии, что арбитр должен применить право места проведения арбитража[280].

Следует иметь в виду, что стороны договора могут умышленно не осуществлять выбора права. Например, в ситуации, когда они не смогли договориться о выборе права, но пришли к согласию относительно других условий договора.

В связи с этим Доклад подчеркивает, что Римская конвенция не разрешает «выводить выбор права» так, как это бы сделали стороны, если бы они намеревались осуществить такой выбор. Если было установлено, что стороны не осуществили выбора права, должны применяться коллизионные нормы, которые подлежат применению при отсутствии выбора сторон.

Вопрос о форме выбора применимого права регулируется и отдельными международными договорами. Так, например, ч. 1 ст. 7 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, предусматривает, что соглашение о выборе права к договору купли-продажи может быть: 1) явно выраженным; 2) прямо вытекать из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в их совокупности.

Согласно ч. 2 ст. 5 Конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, выбор права должен быть явно выраженным или явно следовать из условий соглашения сторон или обстоятельств дела.

Что касается предыдущего хода деловых отношений между сторонами (они могут включать в себя практику заключения предварительных договоров, а также ведения переговоров), в определенных случаях непрерывность выбора права относительно будущих договоров нельзя исключить, однако при этом необходимым является наличие явного доказательства «непрерывности выбора права с момента достижения договоренности о праве, применимом к предварительному договору, которая прямо ведет к консенсусу, достигнутому сторонами относительно содержания будущего договора»[281].

При этом если ход ведения переговоров явно свидетельствует о выборе применимого права или, наоборот, о нежелании сторон применять определенное право, этот фактор, преобладает все другие (например, выбор права в связанном договоре), поскольку он дает возможность установить действительную волю сторон.

Это ярко проявилось в деле *"Land Rover Exports Ltd v. Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE"*, которое рассматривалось английскими судами.

---

[280] Giuliano M. Report on the Convention on the Law applicable to contractual obligations [Електронний ресурс] / M. Giuliano, P. Lagarde. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01); EN:HTML.

[281] Белоглавек А.И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства: [в 2т.]/А. И. Белоглавек. – Т. 1. – К.: Таксон, 2010. – (1576 с.). – С. 690.

Суть дела заключалась в следующем. С целью обеспечения выполнения обязательств по дистрибьюторским договором был заключен договор поручительства, который не содержал выбора права. Однако дистрибьюторский договор содержал условие о применении к нему английского права. При этом суд обратил внимание на то, что во время переговоров египетская компания вычеркнула из договора поручительства условия о применении английского права и разрешения споров английским судом. Эти обстоятельства были расценены судом как указывающие на отсутствие выбора права сторонами договора поручительства применимого права[282].

Одним из возможных индикаторов неявного выбора права является выбор форума, который решает спор. Данный подход ярко проявился в решении по делу *"Tzortis v. Monark Line A/B",* в котором английский суд отметил, в частности, что «явный выбор суда является неявным выбором применимого права».

К преимуществам такого способа определения неявного выбора права относят простоту и определенность. Несмотря на то, что это решение называют отражающим тенденции английского права, в решении по делу *"Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S.A."* суд провел четкую границу между арбитражной оговоркой и соглашением о выборе права и отказался применять английское право к существу спора только на том основании, что арбитражной оговоркой стороны предусматривали разрешение споров в арбитраже в Лондоне[283].

в) Круг правопорядков, среди которых может осуществляться выбор применимого права

Законодательство Украины предусматривает возможность выбора применимого права из неограниченного круга правопорядков, если в законе не определен определенный круг правопорядков, среди которых может осуществляться выбор применимого права.

В каждом конкретном случае частноправовых отношений с иностранным элементом, как правило, будет существовать несколько правопорядков, с которыми эти отношения имеют определенную связь.

Возникает вопрос: могут ли стороны (сторона) осуществлять выбор права с определенного круга правопорядков, в той или иной степени связанных с этими отношениями, или выбор может быть осуществлен с неограниченного круга правопорядков?

В целом выбор права может быть осуществлен из неограниченного круга правопорядков. Это может быть и правопорядок, формально не имеющий тесной связи с этими отношениями. Это не противоречит принципу тесной

---

[282] Land Rover Exports Ltd v. Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE. COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) 21 DECEMBER 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ectil.org/etl/getdoc/b53439a6-65b3-4ed5-8764-8f2c52f96ee/Land -Rover-Exports-email.aspx.

[283] Companie Tunisienne de Navigation SA v. Companie d'Armement Matitime S. A. [Електронний ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступу: http: www. i-law.com

связи, поскольку имеется в виду, что сам выбор определенного права, волеизъявление лиц и является проявлением тесной связи.

При этом в законе может определяться определенный круг правопорядков, среди которых может осуществляться выбор применимого права.

Например, ч. 4 ст. 49 Закона Украины о МЧП, которая содержит коллизионные правила о праве, которое применяется к обязательствам о возмещении вреда, предусматривает, что стороны обязательства, которое возникло вследствие причинения вреда, в любое время после его возникновения могут выбрать право страны суда[284].

г) Возможность избрания негосударственных норм права в качестве права, применимого к международным коммерческим договорам

і) Законодательство и судебная практика Украины относительно возможности избрания негосударственных норм права в качестве права, применимого к международным коммерческим договорам

В случае заключения коммерческих договоров стороны могут иметь намерение, чтобы их отношения регулировались не правом какого-либо государства, а нормами права, относящихся к внегосударственной системе, например, Принципами УНИДРУА, Принципами Trans-Lex и др.

Коллизионное законодательство Украины в целом предусматривает возможность избрания права определенного государства или определенных государств как права, подлежащего применению к международных коммерческим договорам.

Пунктом 4 части 1 статьи 1 Закона о МЧП предусмотрено: «4) выбор права – право участников правоотношений определить право какого государства подлежит применению к правоотношениям с иностранным элементом».

Определение «выбор права» сторонами в соответствии с положениями ст. 1 Закона о МЧП указывает на выбор государственного права. Возможность включения норм негосударственного права к такому выбору указанным законом не предусмотрена.

Однако возможность выбора негосударственных норм права предусмотрена международными актами и национальным законодательством о международном коммерческом арбитраже.

В этом случае основная идея состоит в том, что в ситуации, когда стороны согласились решать споры, возникающие из договора, в международном арбитражном суде, арбитры не обязательно руководствуются конкретным внутренним правом. Это очевидно, когда они уполномочены сторонами действовать как дружественные посредники либо ex aequo et bono.

Но даже если такое полномочие не совершено сторонами, арбитрам вообще разрешено использовать при решении спора право, иное, чем национальное (см. Статью 28 (1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном

[284] Калакура В.Я. Основні засади міжнародного приватного права//Міжнародне приватне право: підручник/за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.:Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 128.

коммерческом арбитраже 1985; также см. Статью 42 (1) Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года (Вашингтонская конвенция).

Возможность выбора внегосударственных норм права как применимого права нашла отражение в положениях Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», в преамбуле которого провозглашено, что этот Закон «…учитывает положения о таком арбитраже, содержащиеся в международных договорах Украины, а также в типовом законе, принятом в 1985 году Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренном Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в своем законодательстве».

Положениями статьи 28 Закона Украины «О международном коммерческом арбитражном суде» предусмотрено: «1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. … 2. В случае отсутствия любого указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. 3. Третейский суд принимает решение ex aequo et bono, или как «дружеский посредник», лишь в том случае, когда стороны прямо уполномочили его на это. 4. Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями соглашения и с учетом торговых обычаев, касающихся данного соглашения».

В рамках такого подхода стороны будут свободны в выборе норм наднационального и транснационального характера как норм, на основании которых арбитры будут решать споры, и нормы наднационального и транснационального характера будут применяться независимо от любого национального права, за исключением случаев, когда нормы внутреннего права имеют императивный характер, независимо от того, какое право применяется к договору (см. комментарий к статье 1.4 Принципов УНИДРУА о международных коммерческих договорах).

В спорах, которые подпадают под действие Вашингтонской конвенции, указанные Принципы, другие нормы наднационального и транснационального характера могут вообще применяться независимо от любых норм внутреннего права[285].

Таким образом, применимым правом к правоотношениям, которые являются предметом спора, рассматриваемого международным коммерческим арбитражем, может быть национальное право определенного государства или определенных государств либо нормы наднационального и транснационального характера.

При этом участники международных коммерческих отношений имеют возможность выбора норм наднационального и транснационального характера в качестве применимого права к международным коммерческим отношениям в том случае, когда они: а) относительно целостно регулируют обязательства

---

[285] Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010/Пер. с англ. О.С. Білоус. – К.: Юстініан, 2013 р. – (576 с.). – С. 3–4.

сторон; б) имеют международное признание, признаются на международном уровне, подтверждением которого является его применение международными коммерческими арбитражами и государственными судами разных стран; в) включают в себя императивные нормы[286].

Международный коммерческий арбитраж в каждом конкретном случае должен рассматривать вопрос о соответствии избранных сторонами негосударственных норм права указанным выше требованиям.

В частности, арбитражной практике известны случаи избрания международного материального права в качестве применимого права по договору.

В этой связи возникает вопрос о допустимости такого способа избрания применимого права по договору международного коммерческого характера.

Международное материальное право, с учетом неопределенности такого выбора права, различий в его содержании и толковании в разных странах, непризнания такого рода норм права на международном уровне, не может рассматриваться как надлежащий выбор применимого права по существу спора, что, как следствие, влечет за собой последствия отсутствия согласия сторон договора о выборе права.

ii) Украинская доктрина права относительно возможности избрания негосударственных норм права в качестве права, применимого к международным коммерческим договорам

В украинской доктрине права сформулировано два основных подхода – консервативный и либеральный – относительно возможности применения внегосударственных норм права к международным коммерческих обязательств.

Консервативный подход в понимании применимого права, которого придерживаются государственные суды в Украине, ограничивается правом определенной страны или стран, а также международными обычаями в том случае, когда они признаются источниками права в соответствующих государствах.

Такой подход основывается на тезисе, согласно которому закон говорит о возможности выбрать применимое право, но не позволяет сторонам определять то, как применимое право должно быть установлено.

Иными словами, стороны могут указать на применение правопорядка определенного государства, общих принципов права и справедливости, обычаев делового оборота и тому подобное. Суд должен принять такой выбор сторон в тех случаях, когда право выбора разрешается законодательством.

Однако на практике встречаются случаи установления сторонами «бланковых» правил определения применимого права (отсылка к праву «страны продавца или страны покупателя»), применение «права страны истца в зависимости от того, какая из сторон подает иск» и т. п.).

Согласно консервативного подхода считается, что такие сделки не признаются выбором права, и суд не связан такими сделками. В этих случаях применимое

---

[286] Діковська І.А. Принципи правового регулювання міжнародних комерційних договірних зобов'язань// І.А. Діковська. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 112.

право должно определяться на основании тех коллизионных норм, которые суд сочтет надлежащими.

При этом обращается внимание на то, что современные тенденции развития законодательства, судебной и арбитражной практики в сфере МЧП свидетельствуют о неуклонном расширении границ применения принципа автономии воли.

Нормы по выбору применимого права сторонами становятся более гибкими и более подробными. Положение о возможности выбора права находят отражение в международных договорах по вопросам разрешения коллизий.

В практике, особенно международных арбитражных (третейских) судов, все чаще применяются положения частноправовых кодификаций торговых обычаев (например, Принципов УНИДРУА), которые не имеют характера официальных правовых норм, но вступают в силу ad hoc в силу выбора их сторонами конкретного дела.

Все чаще высказываются мнения об основополагающем характере начал автономии воли по сравнению с вспомогательными, «субсидиарными» коллизионными привязками. Несмотря на дискуссионный характер последнего вопроса, «конкуренция» между началом автономии воли и «классическими» формулами прикрепления является очевидной[287].

Оппоненты либерального подхода не усматривают целесообразности развития концепции применения lex mercatoria в МЧП[288].

Ряд авторов, отмечая положительные моменты применения lex mercatoria, не признают применение негосударственного права сторонами.

При этом выделяют две ситуации, когда включение таких норм возможно, а именно «когда стороны договора четко определили, какие именно источники lex mercatoria регулируют их отношения», и «если соответствующее национальное законодательство, выбранное сторонами или назначенное на основании закона, предусматривает применение обычаев для регулирования договорных отношений»[289].

В разъяснении Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел от 16.05.2013 года говорится: «Суд может применять не только иностранные законы, но и обычаи и судебную практику в тех пределах, в которых последние признаются источниками права в соответствующих государствах»[290].

---

[287] Кисіль В.І. Колізійні норми // Міжнародне приватне право: підручник/за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 150.

[288] Кисіль В.І. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання/В.І. Кисіль//Правовий журнал. – 2004. – №2. – Електронне джерело. – [Режим доступу]:http://justinian.com.ua

[289] Філіп'єв А.О. Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз / А.О. Філіп'єв//Наука і практика. – 2012. – №.9(144). – С. 24.

[290] Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» від 16 травня 2013 року №24-754/0/4-13. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v-754740-13.

Либеральный подход, которого придерживаются международные арбитражные суды, предусматривает, что применимым правом может быть право определенной страны, международный договор, международный обычай, отдельные их положения, нормы транснационального характера.

Согласно этого подхода стороны имеют возможность осуществлять выбор не только относительно права определенной страны (или стран), но и подчинять свои отношения и международным договорам, обычаям, нормам транснационального характера, в чем проявляется концепция lex mercatoria[291].

В связи с этим в доктрине обосновываются предложения по расширению возможности сторон договора выбрать в качестве применимого права внегосударственные нормы права.

Сторонники такого подхода отмечают, что выбор права «не ограничивается выбором права конкретной страны и может включать выбор норм транснационального характера, например, таких, как «общие принципы права», "lex mercatoria", или аналогичные положения»[292].

В этой связи ряд авторов обосновывает идею о том, что национальное законодательство позволяет сторонам применять негосударственные нормы права «к регулированию тех вопросов, которые отнесены законодателем на усмотрение сторон, и не могут противоречить императивным нормам применяемого государственного права»[293].

При этом отмечается, что по своему содержанию соглашение сторон о выборе негосударственных правовых регуляторов может быть двух видов: 1) с четким указанием документа, нормы которого стороны желают применять к решению спора по сути; 2) содержать общие формулировки относительно того, что договором применяются нормы lex mercatoria, общие принципы права и тому подобное.

Если негосударственные регуляторы, избранные с помощью соглашения первого вида, не позволяют в полной мере урегулировать спорные вопросы, возникающие в связи с договором, они должны решаться на основании права государства, определяемого судом на основании применимых коллизионных норм.

В случае заключения соглашения о выборе права второго вида применению подлежат регуляторы, которые: а) относительно целостно регулируют договорные обязательства; б) имеют международное признание (подтверждением которого является их применение международными коммерческими арбитражами

---

[291] Див.: Калакура В.Я. Основні засади міжнародного приватного права//Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 127; Мережко А.А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. – К.: Таксон, 1999. – 416 с.

[292] Див.:Кодифікація приватного (цивільного) права України/ За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 293; Довгерт А.С. Колізійне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та в Україні/А.С. Довгерт//Приватне право і підприємництво. – 2012. – №11. – С. 34.

[293] Діковська І. А. Застосування недержавних норм державними судами до вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних договорів/І.А. Діковська//Журнал східноєвропейського права. – 2015. – №14. – С. 8.

и государственными судами различных стран); в) включают в себя императивные нормы (например, Принципы УНИДРУА, PECL PEL, DCFR Trans-Lex)[294].

д) Принципы УНИДРУА международных коммерческих договоров и принципы европейского контрактного права как нормы права, которыми регулируется договор

і) Прямой выбор сторон

Принципы УНИДРУА международных коммерческих договоров и принципы европейского контрактного права могут применяться как нормы права, регулирующие договор, в случае прямого выбора сторон или в случае отсутствия выбора права сторонами.

Поскольку указанные Принципы содержат систему принципов и правил договорного права, которые являются общими для существующих правовых систем, то есть лучше адаптированы к особенным требованиям международных коммерческих договоров, сторонам нужно иметь достаточные основания для их прямого применения в качестве норм права, регулирующих договор между ними.

В таком случае стороны могут использовать исключительно указанные Принципы или сочетать их с внутренним правом, которое будет регулировать отношения, не охватываемые Принципами (см. Типовую оговорку в примечании ко второй части преамбулы Принципов УНИДРУА).

Согласно преамбуле Принципов УНИДРУА международных коммерческих договоров, в редакции 2010 г. (далее – Principles UNIDROIT, Принципы УНИДРУА), Принципы УНИДРУА должны применяться в качестве применимого права в случае, когда стороны достигли согласия о том, что их договор будет регулироваться этими Принципами.

Принципы УНИДРУА могут применяться: когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, lex mercatoria или аналогичными положениями; когда стороны не выбрали право, которым будет регулироваться их договор; для толкования или применения международных унифицированных правовых актов, внутреннего права государства.

Сторонам, которые хотят выбрать указанные Принципы для регулирования их договора, предлагается сочетать положения о выборе права с арбитражной оговоркой.

Причиной этого является то, что свобода выбора права, которое будет регулировать договор, обычно ограничивается национальным законодательством. Так, Закон о МЧП фактически ограничивает свободу выбора права ограничивает национальным правом определенной страны или ряда стран.

Поэтому, ссылки сторон на Принципы и будет рассматриваться как простая договоренность об их применении к договору, то есть как инкорпорированный

---

[294] Див.: Діковська І. А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань // І.А. Діковська. – Київ: Юрінком Інтер, 2014. – (464 с.). – С. 112; Діковська І.А. Застосування недержавних норм державними судами до вирішення спорів, що виникають з міжнародних приватних договорів/І.А. Діковська // Журнал східноєвропейського права. – 2015. – №14. – С. 8–13.

в договор наднациональный источник и транснационального характера, но право, которое будет регулировать договор, все же будет определяться на основе норм международного частного права страны суда.

Как результат, действия сторон будут регулироваться указанными Принципами только в той мере, в какой они не будут противоречить нормам права, подлежащего применению, от которого стороны не смогут отступить.

Так, в соответствии со ст. 1.4 Принципов УНИДРУА, Принципы не должны ограничивать применение императивных норм национального, международного или наднационального происхождения, должны применяться согласно соответствующим нормам международного частного права.

Ситуация будет иной, если стороны согласятся решать споры, возникающие из договора, в арбитражном суде. Арбитры не обязательно руководствуются конкретным внутренним правом. Это очевидно, если они уполномочены сторонами действовать как дружественные посредники или ex aequo et bono.

Но даже если такое полномочие не реализовано сторонами, арбитрам вообще разрешено использовать при решении спора право, иное, чем национальное.[295].

В рамках такого подхода стороны будут свободны в выборе Принципов как норм права, на основе которых арбитры будут решать споры, и Принципы будут применяться независимо от любого национального права, за исключением случаев, когда нормы внутреннего права имеют императивный характер, независимо от того, какое право применяется к договору.

В спорах, подпадающих под действие Вашингтонской конвенции, Принципы могут вообще применяться независимо от любых норм внутреннего права.

ii) Косвенный выбор сторон

Принципы УНИДРУА могут применяться, когда из обстоятельств будет следовать, что стороны намеревались исключить действие любого внутреннего права в отношении своего договора (например, в случае, когда одной из сторон является государство или государственный орган и обе стороны признали, что они не будут применять ни право этого государства, ни право третьей страны), или когда в договоре содержатся коллизионные привязки, отсылающие к праву многих государств, ни одно из которых не имеет достаточных преимуществ, чтобы подтвердить именно его применение[296].

Поэтому в ситуации, когда стороны договора не достигли согласия о том, что договор будет регулироваться Принципами УНИДРУА, и общими принципами права, lex mercatoria или аналогичными положениями, отсутствует выбор права сторонами договора и не содержатся коллизионные привязки, отсылающие

---

[295] См. статью 28(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 года; также см. статью 42(1) Конвенции о порядке решения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года (Вашингтонская конвенция), статью 5 Закона Украины «О международном коммерческом суде», пункт 16 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины.

[296] Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010/Пер. з англ. О.С. Білоус. – К.: Юстініан, 2013 р. – (576 с.). – С. 5.

к праву многих стран , а в процессуальных документах в споре одна сторона применяет, например, право Украины, а другая – право Украины, Принципы УНИДРУА и PECL, это следует рассматривать таким образом, что стороны не намеревались исключить действие любого внутреннего права по договору, в договоре не содержатся коллизионные привязки, отсылающие к праву многих стран, любое из которых не имеет достаточно преимуществ, чтобы подтвердить именно его применение, Принципы УНИДРУА и PECL не должны, но могут применяться, если для этого будет необходимость, для толкования или дополнения международных унифицированных правовых актов и права Украины как внутреннего права государства, применимого к содержанию правоотношений, составляющих предмет спора.

э) Выбор применимого права к отдельным частям договора

Согласно ч. 3 ст. 5 Закона о МЧП, выбор права может быть осуществлен относительно сделки в целом либо ее отдельной части.

В этом случае происходит разделение договорного статута, который в целом может предусматривать следующие три варианта:

а) частичный выбор – частичный выбор права сторонами. В данной ситуации часть сделки подчиняется избранной правовой системе, но для остальных частей сделки применяться будет право, установленное на основании объективных привязок;

б) сложный выбор – depecage по воле сторон. Поскольку стороны вправе выбрать право, которое будет применяться ко всему соглашению или только к определенной его части, может быть указана правовая система, которая будет регулировать эту иную часть. Это может быть выбор одновременный либо последовательный;

в) объективный depecage – при отсутствии выбора сторонами, суд исключительно самостоятельно применит расщепление статута обязательства. Это происходит, когда соглашение, являющееся предметом регулирования, будет иметь четко определенные отдельные части, каждая из которых тяготеет к различным правопорядком. В этом случае, вместо выяснения связи всей сделки с одной конкретной правовой системой, необходимо рассматривать автономно отдельные части сделки и самостоятельно устанавливать по ним характерное право как для независимых обязательственных отношений[297].

е) Ограничения выбора права (автономии воли) по законодательству Украины

Право на выбор применимого права может быть ограничено по основаниям, установленным законом.

Существует всего две оговорки относительно избрания сторонами права договора. Так, положения ст. 10 Закона о МЧП предусматривают, что сделки

[297] Борт О.П. Інститут договірного статуту у міжнародному приватному праві: автореф. дис. канд. юрид. наук. – Одеса, 2016. – 24 с.

или иные действия участников правоотношений, направленные на выбор права в обход правил Закона, являются ничтожными. Правилом несколько иного характера является оговорка о публичном порядке (ст. 12 Закона о МЧП).

Обе указанные оговорки являются факторами ограничения автономии воли сторон, однако норма об обходе закона предостерегает стороны от недобросовестного выбора права, а оговорка о публичном порядке адресована непосредственно суду и предполагает, что даже в случае добросовестного выбора (или в случае, когда на применение иностранного права указывает коллизионная норма) иностранный закон не применяется, если его применение приводит к последствиям, несовместимым с местным публичным порядком[298].

К основным недостаткам обхода закона как ограничения права на выбор применимого права относят «неясность, сложность применения, а также невозможность исполнения судебных решений, которые устанавливают обход закона»[299].

Публичный порядок имеет целью защиту национального правопорядка именно от негативных последствий применения иностранного права.

Существует два основных подхода по применению такой оговорки как «публичный порядок» – положительный и отрицательный.

Положительная концепция определяет публичный порядок как совокупность материально-правовых императивных норм, подлежащих применению независимо от того, отсылает коллизионная норма к иностранному закону или нет.

Согласно негативной концепции, публичный порядок определяется именно из-за негативных, неприемлемых свойств иностранного закона. При этом все европейские источники закрепили негативную концепцию общественного порядка.

Законодатель устанавливает ограничения по выбору права в виде императивных норм.

В соответствии со статьей 14 Закона о МЧП, правила этого Закона не ограничивают действия императивных норм права Украины, регулирующие соответствующие отношения, независимо от права, подлежащего применению.

Ряд ученых сравнивает эту норму с основными императивными нормами, определенными в Регламенте Рим I.

Существенным отличием является именно наличие определения таких императивных норм в Регламенте, как норм, которые в силу их решающей важности для защиты публичных интересов, таких как политическая, социальная или экономическая организация общества, должны применяться независимо от права, которое регулирует договорные отношения, в частности избранное участниками таких отношений. При этом подобного или иного определения

---

[298] Міжнародне приватне право: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В.І. Кисіля. – 2-ге видання. – К.: Алерта, 2014. – (656 с.). – С. 149.

[299] Толстих В.Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ / В.Л. Толстых. – М.: Спарк, 2002. – 244 с.

императивных норм в украинском законодательстве не существует, что усложняет его единообразное применение судами[300].

ж) Определение права в случае отсутствия соглашения сторон о выборе применимого права по законодательству Украины

Определение применимого права при отсутствии соглашения сторон о выборе применимого права предусмотрено Законом о МЧП.

В указанном Законе используется механизм, предусматривающий использование фиксированных и гибких коллизионных норм. При этом фиксированные коллизионные нормы представляют собой детализированные правила определения наиболее тесной связи.

Законодательство Украины определяет тесную связь с помощью определения стороны договора, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для договора.

Согласно ч. 2 ст. 32 Закона о МЧП, при отсутствии выбора права к содержанию сделки применяется право, имеющее наиболее тесную связь со сделкой.

Если иное не предусмотрено или не вытекает из условий, сути сделки или совокупности обстоятельств дела, то сделка более тесно связана с правом государства, в котором сторона, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания сделки, имеет свое местожительство или местонахождение (ч. 3 ст. 32 Закона о МЧП).

Статья 32 (3) Закона о МЧП свидетельствует о том, что определяя право, которое имеет наиболее тесную связь с договором, правоприменительный орган должен прежде всего проанализировать условия, суть договора и совокупность обстоятельств дела.

Если эти действия не дают возможности определить право наиболее тесной связи, то считается, что договор более тесно связан с правом государства, в котором сторона, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, имеет свое место жительства или местонахождения[301].

«Исполнение, которое имеет решающее значение для содержания договора», означает исполнение одной из сторон обязанностей, отличающее определенный договор от других видов договоров. Так, например, исполнение обязанностей по передаче вещи в аренду – характерно для договоров найма; исполнение перевозки – для договоров перевозки и тому подобное.

Зато обязанность осуществить платеж характерна всем оплатным договорам. Так, исполнение платежа никогда не может быть названо таким, что «имеет решающее значение для содержания договора».

Таким образом, в оплатных договорах стороной, осуществляющей «исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора», как правило,

---

[300] Філіп'єв А.О. Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз/А.О. Філіп'єв//Наука і практика. – 2012. – №9 (144). – С. 23–28.

[301] Діковська І.А. Міжнародні комерційні контракти: колізійне та матеріально-правове регулювання: Навч. посібн./І. А. Діковська. – К.:Алерта, 2016. – (322 с.). – С. 73.

будет сторона, в широком смысле являющаяся продавцом (имущества, работ, услуг)[302].

Право, подлежащее применению к договору, определяется согласно правилу, предусмотренному для различных категорий договоров (ст. 44 Закона о МЧП).

Статья 44 Закона о МЧП, в которой говорится о праве, которое применяется к договору при отсутствии выбора сторон, повторяет положения, приведенные выше для всех сделок; при этом стороной, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, являются: продавец – по договору купли-продажи; даритель – по договору дарения (далее дается перечень коллизионных норм по 23 видам договоров в соответствии со структурой Книги пятой «Обязательственное право» Гражданского кодекса Украины).

Для отдельных видов договоров более тесная связь устанавливается на основании других критериев (ст. 44 (2) Закона о МЧП).

Так, для договора о недвижимом имуществе такую связь имеет право государства, в котором это имущество находится, а если такое имущество подлежит регистрации, – право государства, где осуществлена регистрация; по договорам о совместной деятельности или исполнения работ – право государства, в котором производится такая деятельность или создаются предусмотренные договором результаты; по договору, заключенному на аукционе, по конкурсу или на бирже, – право государства, в котором проводятся аукцион, конкурс или находится биржа.

Законодательство Украины не уделяет внимания определению права в смешанных и непоименованных договорах.

В отличие от него, п. 19 преамбулы к Регламенту «Рим I» специально отмечает, что: «В случае если договор не может быть отнесен к одному из определенных видов или если по своим признакам он не принадлежит к нескольким определенным видам или если по своим признакам он принадлежит к нескольким определенным видам, то договор подлежит регулированию правом страны, где находится обычное местожительство стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

В случае если договор состоит из совокупности прав и обязанностей, которые могут быть отнесены к нескольким определенным видам договоров, исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, должно определяться относительно центра его веса».

Пункт 4 комментария к ст. XIV.2 принципов Trans-Lex предусматривает, что смешанный договор, который сочетает в себе элементы нескольких видов договоров, регулируется правом страны, в которой сторона, не платит, имеет свое обычное место жительства, место ведения бизнеса[303].

---

[302] Діковська І. А. Вказ. пр. – С. 74.

[303] Діковська І.А. Вказ. пр. – С. 76.

II. Выбор применимого права к договору по законодательству Европейского Союза

а) Сфера действия Регламента «Рим I»

Принятие актов Европейского Союза (далее – ЕС) по вопросам коллизионного права, имеющие обязательный характер, стало возможным благодаря Амстердамскому договору 1997, поскольку компетенция ЕС в третьей опоре частично была перенесена в первую сопротивления (статьи 61, 65).

Таким образом, сфера деятельности ЕС была дополнена, в частности, компетенцией в области международного частного права в сфере создания единообразных коллизионных норм.

На сегодня соответствующая компетенция отражена в параграфе 2 ст. 71 Договора о функционировании Европейского Союза (далее – ДФЕС).

Сначала коллизионным нормам в сфере договорных обязательств с иностранным элементом была посвящена Конвенция «О праве, применимом к договорным обязательствам» от 19 июня 1980 г. (далее – Римская конвенция).

Римская конвенция с 17 декабря 2009 г. практически полностью заменена в государствах-членах Европейского Союза Регламентом ЕС №593/2008 о праве, применимом к договорным обязательствам (далее – регламент «Рим I»)[304].

Регламент «Рим I» устанавливает на территории государств-членов одинаковые коллизионные нормы, которые определяют, право государства (которое не обязательно является государством-членом Европейского Союза) должно применяться в том случае, если правоотношение содержит иностранный элемент. Регламент применяется ко всем договорам, подписанным после 17 декабря 2009 года.

Этот Регламент применяется к договорным обязательствам по гражданским и торговым делам (ст. 1).

В сферу применения Регламента «Рим I» входят и индивидуальные трудовые договоры (ст. 8).

Регламент «Рим I» применяется также в отношении потребителей. При этом общее определение потребителя присутствует в специализированной Директиве 2011/83/EU о правах потребителей (Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October on consumer rights)[305].

Европейский Парламент в своих архивах (Library of the European Parliament. The notion of «consumer» in the EU) дает определение потребителя. Именно этот документ определяет, что потребителем является именно физическое лицо, подчеркивая, что некоторые страны-члены ЕС в своем национальном законодательстве содержат другой подход к такому определению.

Кроме того, Европейский Парламент определил прерогативу развития законодательства в отношении индивидуальных трудовых договоров (European

---

[304] Regulation (EC) N 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) OJ L 177, 4.7.2008.

[305] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 303, 22.11.2011, p. 64–68.

Parliament. Fact sheets on the European Union. Free movement of works), так как это составляет один из четырех основополагающих прав ЕС.

Регламент «Рим I» содержит некоторые исключения. Регламент не применяется к вопросам публичных доходов, налоговой и административной сферам.

Из сферы применения Регламента также исключаются (ст. 2): обязательства, вытекающие из семейных отношений, арбитражные сделки и сделки о выборе суда, основания учреждения трастов и отношения, которые они создают между учредителями, доверительными собственниками и бенефициариями, обязательства, возникающие вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора, договора страхования, попадающих под действие ст. 2 Директивы Европарламента и Совета 2002/83 / ЕС от 5 ноября 2002 года «О страховании жизни». По отдельным из этих вопросов существуют специальные правовые акты[306].

Стоит отметить, что для целей Регламента «Рим I», Дания не считается членами ЕС, тогда как Великобритания и Ирландия не исключили своего участия в Регламенте.

б) Универсальность применения Регламента «Рим I»

Важной составляющей Регламента «Рим I» является его «универсальное применение», предусматривающей применение Регламента даже если национальное право, которое должно применяться к решению конфликтной ситуации, будет правом страны, не являющейся членом ЕС.

Это означает, что даже в случае отсутствия каких-либо точек соприкосновения ситуации со страной ЕС, если юрисдикция страны ЕС рассматривает ситуацию, вопрос определения права будет происходить в соответствии с правилами, указанными в Регламенте «Рим I».

Примером «универсального применения» Регламента может быть дело «Iran Continental Shelf Oil Co v. IRI International Corp», где английский суд применил Римскую конвенцию к конфликту американской корпорации и иранской компании[307].

Регламент «Рим I», характеризующийся универсальным применением, усовершенствовал порядок избрания права участниками договорных отношений. Этим правовым актом была установлена возможность избрания права к различным частям договора, избрание такого права в соответствии с ссылками на иные договоры между теми же участниками, включение негосударственного права к избранному сторонами праву.

в) Принцип свободы выбору права и форма выбора права в соответствии Регламентом «Рим I»

По общему правилу, статья 3 Регламента «Рим I» дает возможность сторонам выбрать право договора самостоятельно. Принцип «автономии воли» сторон

---

[306] Council Regulation (EU) N 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29.12.2010; Regulation (EU) N 650/2012 of the decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27.7.2012.

[307] Case Iran Continental Shelf Oil Co vs. IRI International Corp, [2004] 2 CLC 696.

является ключевым фактором, основной коллизионной привязкой при определении права к договору. Регламент рассматривает свободу выбора права участниками договорных отношений одним из краеугольных камней системы коллизионного права в вопросах договорных обязательств.

Статья 3 Регламента «Рим I» указывает лишь на одно условие такого выбора: «он должен быть указан непосредственно или четко определенным условиями договора или обстоятельствами дела».

Условие «указанный непосредственно» означает, что норма о выборе права должна четко определять, какое право должно использоваться сторонами при исполнении договора. Ряд авторов считает, что «указанный непосредственно» означает необходимость прямо называть правовую систему[308].

Например, «данный договор подлежит исполнению в соответствии с нормами французского законодательства» и другие.

При этом, поскольку стороны часто выбирают права непосредственно, оно может быть «четко определенным». Сторона, которая настаивает на избрании определенного права, обязана доказать это в суде в случае конфликта. Считается, что указанная практика должна способствовать улучшению возможности определения конкретной правовой системы для договора.

Однако, на практике, такое нечеткое определение нормы об избрании права в Регламенте «Рим I» может приводить, в отдельных случаях, к невозможности его определения: в каком случае стороны приняли косвенное решение по определению права по договору, а в каком – такого решения не было.

Вышеупомянутая формулировка отличается от предложенного в Римской Конвенции, согласно которой право, которое должно применяться к договору, должно быть указано «с достаточным уровнем уверенности» (ст. 1 Конвенции).

Действие принципа свободы выбора права сторонами не безгранична (статьи 3, 5-9 Регламента). Например, в соответствии с пунктом 4 ст. 3 Регламента «Рим I» в случае, если на момент указанного выбора все иные элементы ситуации находились в одном или нескольких государствах-членах, то выбор сторонами иного права, подлежащего применению, чем право государства-члена, не должен причинять вред применению положений права Сообщества (когда уместно, трансформированных в законодательство государства-члена суда), от которых не разрешается отступать посредством соглашения.

г) Применение негосударственных норм права в законодательстве ЕС

Статьей 1 Регламента предусмотрено, что «правила этой конвенции применяются к договорным обязательствам в любой ситуации, принимая во внимание право различных стран». Само словосочетание «различных стран» очевидно указывает на обязательную принадлежность права к стране. Такой подход подтверждается значительным количеством решений европейских судов и исследованиями ученых.

---

[308] Geert van Calster. Europa Private International Law. – Oxford : Hart Publishing Second edition. – 2016, p. 224.

Такой подход соответствует толкованию статьи 4 Регламента «Рим I», в соответствии с которой право, избранное сторонами, должно быть «указано непосредственно».

В доктрине европейского частного права обосновывается, что «указанный непосредственно» обязывает прямо называть правовую систему, которая будет применяться к договору[309]. Ряд авторов считает, что такое право должно быть указано «с достаточной степенью определенности»[310].

Следует отметить, что активные дискуссии в Европейской Комиссии, которые имели место до принятия Регламента, воплотились в предложении Комиссии в п. 4.2 проекта Регламента «Рим I» предоставить возможность сторонам выбирать негосударственное право. При этом комиссары обошли своим вниманием lex mercatoria, считая его недостаточно прозрачным[311].

Такой выбор должен был разрешить выбирать нормы Принципов Европейского договорного права и УНИДРУА.

Более того, согласно проекту Доклада исполнительного комитета по правовым вопросам Европейского Парламента, участники договорных отношений имеют возможность включать негосударственные нормы к договорным отношениям только в том случае, когда они признаются на международном уровне[312].

В конечном итоге, Европейский Парламент и Совет ЕС приняли решение не включать норму, которая бы разрешала сторонам полноценно выбирать негосударственное право по договору, ведь «характер международного признания норм, согласно которые стороны могли бы выбрать в качестве применимого права, в значительной мере является неточным»[313].

При этом абзацы 13 и 14 преамбулы Регламента «Рим I» содержат следующие положения:

«(13) Настоящий Регламент не препятствует сторонам инкорпорировать (включать) в контракт наднациональные нормы права или положения международного договора.

(14) Если Сообщество в соответствующем правовом документе утвердит правила договорного права, включая примерные условия, то такой документ может предусматривать, что стороны могут сделать выбор в пользу применения этих правил».

---

309 Geert van Calster, European Private International Law (Cambridge, CUP, 2009), p. 186.

310 См.: H. Heiss "Party Autonomy" in F. Ferrari and S. Leible (eds), Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe Munich, Sellier, 2009)

311 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligation (Rome I) / COM/2005/0650 final – COD 2005/0261 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http:eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber & lg=EN & type_doc=COMfinal & an_doc=2005 & nu_doc=650.

312 Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (COM) (2005) 0650 – C6-0441/2005-2005/0261(CJD)) Committee on Legal Affairs [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL & mode=XML & language=EN & reference=PE374.427

313 Beloglavek A.I. European International Law – Contractual Connections and Obligations: [in 2 vols.] / A.I. Beloglavek. – V. 1. – K.: Tacson, 2010. – 1576 p.

Регламент «Рим I» не объясняет, как следует понимать приставку «путем включения». Такая ситуация породила дискуссии среди ученых различных стран.

Заслуживает внимания позиция авторов о том, что такая формулировка предоставляет только возможность простого включения отдельных норм негосударственного права[314].

Согласно наиболее распространенному толкованию этих положений Регламента «Рим I» коллизионный выбор будет возможным только на основании специального документа, посвященного унификации европейского обязательственного права (именно он подразумевается в абзаце 14).

Указанный документ имеет рабочее название Common Frame of Reference. На сегодня уже подготовлен и опубликован для обсуждения академический проект, на базе которого предусматривается создание политического документа [академический проект называется Draft Common Frame of Reference][315].

Проведенный анализ свидетельствует, что выбор негосударственного права по договору в соответствии с Регламентом «Рим I» является недопустимым, разрешается только регулирования определенной части договорных отношений нормами негосударственного права.

Недопустимость выбора негосударственного права в качестве применимого права к договорным обязательствам в соответствии с Регламентом «Рим I» обусловлена тем, что характер международного признания норм международного материального права, которые стороны избрали в качестве применимого права, в значительной мере является неточным, что ставит под сомнение способность указанных норм выступать источником права.

Вместе с тем, статья 3 Регламента содержит положение о том, что стороны могут выбрать «любое право». С учетом этого, нельзя исключить формирование в правоприменительной практике более либерального подхода, предусматривающего допустимость выбора негосударственного права в качестве применимого права, если с учетом конкретных обстоятельств дела избранное сторонами «негосударственное право» будет отвечать требованиям применимого права, а не только выступать в качестве инкорпорированных норм негосударственного права, призванных урегулировать определенную часть договорных отношений.

д) Выбор юрисдикции по праву ЕС. Правило lis alibi pendens

Выбор права, основывающийся на принципе автономии воли сторон, заключается в возможности выбора соответствующей юрисдикции по договору сторон. Указанный принцип в определенной степени ограничивается правилом lis alibi pendens (иск, подлежащий рассмотрению в другом месте).

Согласно этому правилу, когда судебные органы различных стран признают свою подсудность по одному и тому же вопросу между теми же сторонами,

---

314 S. Symeonides 'Party Autonomy in Rome I and II from a Comparaive Perspective' in K Boele-Woelki, T.Einhorn, D. Symeonides (eds), Concergence and Divergence in Private International Law. – Liber Amicorum Kurt Siehr

315 Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств/А.В. Асосков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – (640 с.). – С. 33 –331.

тогда юрисдикция, которая начала рассмотрение вопроса позже, должна приостановить производство по данному делу.

Европейский суд справедливости в решении *"Gasser v. MISAT"* не признал права сторон выбирать соответствующую юрисдикцию в случае конфликта с принципом lis alibi pendens [316].

В этом деле стороны приняли решение о признании юрисдикции в пользу итальянских судов. При этом, одна из сторон обратилась в суд в Австрии. Австрийский суд признал свою подсудность по данному делу. Когда другая сторона обратилась в итальянский суд, он также признал свою подсудность. Как следствие, две страны установили подсудность по решению одной ситуации.

Европейский Суд справедливости отметил, что принцип lis alibi pendens, который должен применяться в этом случае, не предусматривает распространение на это дело юрисдикции итальянских судов, даже если стороны предварительно договорились об этом.

Такой вывод основывается лишь на том, что австрийский суд первым принял решение об определении подсудности относительно дела[317].

э) Выбор права после вступления в силу договора

Регламент «Рим I» предусматривает возможность сторонам выбрать право после вступления в силу договора, а также выбирать различное право относительно разных частей договора (ст. 3 Регламента).

Указанная норма Регламента предоставляет сторонам возможность удобно изменить уже избранное право. Хотя, на практике, нецелесообразность такого изменения препятствует возможности ее широкого применения.

При этом следует учитывать, что возможность избрания различного права для различных частей договора не должно повлечь возникновение правовых противоречий[318].

Так, например, вопрос о неисполнении условий обязательства и ответственность за такое неисполнение не может подлежать регулированию различным правом, поскольку в этом случае отсутствует определенность для сторон.

По сравнению с Римской конвенцией, Регламент «Рим I» по-другому подошел к вопросу об установлении различного права к различным частям договора в случае избрания права сторонами. Римская Конвенция предусматривала такую возможность.

Эта концепция подверглась значительной критике со стороны ученых[319]. Такая возможность предоставляет судьям, при установлении права к договору,

---

316 Case C-116/02 Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl. [2003] ECLI: EU:C:2003:657

317 Світовий В.О. Колізійне регулювання договірних відносин за правом ЄС та України: магістерська робота / В.О. Світовий. – К.: Юридичний факультет КНУ імені Тараса Шевченка., 2017. – (107 с.). – С. 39–40.

318 См.: Giuliano M. Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations M. Giuliano, P. Lagarde//Journal official. – 1980. – P. 282 – P. 0001-0050, para 4; Світовий В.О. Колізійне регулювання договірних відносин за правом ЄС та України: магістерська робота / В.О. Світовий. – К., 2017. – Юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – (107 с.). – С. 45.

319 U. Mangus, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice" in Ferrari and Leible – P. 27, 29, 31.

злоупотреблять предоставленным правом и решать судьбу договора без какой-либо аргументации. Этот подход ученых получил поддержку в европейском сообществе. В этой связи указанное положение Римской конвенции не было включено в Регламент «Рим I». Поэтому согласно действующей редакции Регламента различное право не может применяться к договору при отсутствии избранного права.

е) Выбор права сторонами со ссылкой к другому договору, заключенному между этими сторонами

Регламент «Рим I» дает возможность сторонам выбрать право со ссылкой к другому договору, заключенному между этими сторонами, который указывает на избранное сторонами право.

Такая позиция заимствована из Римской конвенции с учетом толкования судебных прецедентов.

Считается также, что такой выбор может быть указан сторонами в предыдущих договоренностях еще до подписания соответствующего договора. Такая договоренность будет приниматься во внимание судьей в случае спора, однако это автоматически не означает, что это право было избрано сторонами для конкретного договора[320].

ж) Выбор права при отсутствии соглашения сторон о выборе права

В случае, когда стороны (умышленно или случайно) не указывают избранное право, судья должен определить такое право по собственному усмотрению. Регламент «Рим I» упрощает процедуру определения применимого права при отсутствии соглашения сторон о выборе права с помощью статьи 4.

Указанная норма Регламента порождает исключительное отличие Регламента от Римской Конвенции, которая, по мнению большинства ученых, не давала возможности четко определить право и предоставляла много полномочий судьям, что могло приводить к злоупотреблениям[321].

Римская Конвенция применяла привязку «наиболее тесной связи». То есть, применение права, которое имеет наиболее тесную связь с договором. Это, в свою очередь, включало определенные презумпции, основываясь на доктрине «характерного исполнения».

Согласно этой доктрине, которая зародилась более 30 лет назад в Швейцарии, судьи, в первую очередь, должны обращать внимание на сущность договора, его структуру и основные обязанности сторон[322]. Указанные нормы являются настолько широкими, что они давали возможность судьям толковать их по-разному.

Регламентом «Рим I» предусмотрен следующий механизм определения применимого права при отсутствии его выбора сторонами.

---

320 Giuliano M. Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations/M. Giuliano, P. Lagarde // Journal official. – 1980. – P. 282. – P. 0001-0050.

321 Geert van Galster. European Private International Law. – Oxford: Tart Publishing Second edition. – 2016, p. 229.

322 См.: D'Oliviera, "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention" (1977) 25 Am J Comp L 303 188; Ciuliano M. Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations / M.Giuliano, P. Lagarde // Journal official. – 1980. – P. 282. – P. 0001-0050.

Право, подлежащее применению к договору, определяется согласно правилу, предусмотренному для различных категорий договоров (пункт 1 ст. 4).

Если договор не может быть отнесен к одной из определенных категорий, или если содержит в себе элементы, свойственные нескольким договорам, указанным в ст. 4 (1) Регламента, то договор подлежит регулированию правом государства «где находится обычное местожительство стороны, которая должна осуществить исполнение, имеет решающее значение для содержания договора» (ст. 4 (2) Регламента «Рим I»). Последнее определяется «с учетом основного предмета договора, его сути, то есть того, что определяет смысл договора и договорных обязательственных отношений»[323].

Если договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в параграфе 1 или 2 ст. 4, условие об изъятии должно предусматривать, что подлежит применению право этой другой страны. Для определения этой страны следует учитывать, в частности, наличие очень тесных связей договора с одним или несколькими другими договорами.

Если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в параграфе 1 или 2 ст. 4, то применяется право этой другой страны.

В случае, если подлежащее применению право не может быть определено на основании параграфа 1 или 2 ст. 4, то договор регулируется правом страны, с которой он имеет наиболее тесные связи.

Регламент «Рим I» содержит специальные нормы, позволяющие определить право, подлежащее применению к договорным обязательствам в Европейском Союзе.

В частности, п. 23 преамбулы указанного Регламента предусматривает, что в отношении договоров, заключаемых со сторонами, которые считаются более слабыми, эти стороны должны быть защищены коллизионными нормами, которые имеют для их интересов более благоприятный характер по сравнению с общими правилами.

Примером могут служить договоры с потребителями (ст. 6 Регламента). По общему правилу такие договоры регулируются правом страны, где имеет свое постоянное место жительства потребителя[324].

з) Ограничения выбора права в ЕС

Регламент «Рим I» определяет три основных ограничения выбора права сторонами, а именно: императивные нормы (mandatory rules), основные императивные нормы (overriding mandatory rules) и государственная политика (public policy).

По своему характеру действия ограничения выбора права по договору состоят в том, что даже в случае определения права участниками договорных правоотношений, оно может быть ограничено правом ЕС.

---

[323] Белоглавек А. И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства: [в 2 т.]. Т. 1. – К.: Таксон, 2010. – С. 805–806.

[324] Ландо, Д. Д. Европейское частное право: учеб. пособие / Д. Д. Ландо, Е. Б. Леанович; под ред. Х. Херманна, С. А. Балашенко, Т. Борича. – Минск: Зорны Верасок, 2010. – (146 с.). – С. 56–57.

В решении Европейского суда справедливости по делу *C-381/98 Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc. 2000* указано, что стороны не могут нивелировать стандарты защиты сторон, определенные в законодательных актах ЕС, только посредством избрания иного права[325].

Судебная практика Европейского суда справедливости выделяет три вида ограничений относительно самостоятельного выбора права сторонами: императивные нормы (mandatory rules), основные императивные нормы (overriding mandatory rules) и государственная политика (public policy).

В целом императивные нормы состоят в том, что стороны не могут обойти определенные нормы законодательства страны, где находятся все элементы договора, выбирая право совершенно другой страны.

Императивные нормы указаны в статье 3 Регламента «Рим I»: «в случае, когда все элементы договора при выборе права находятся в другой стране избранного права, тогда выбор права сторон не должен наносить ущерб применению положений закона этой другой страны, в отношении которых не может быть отступлений договорам».

Основные императивные нормы (overriding mandatory rules) более узкой категорией, применяется реже.

В соответствии со ст. 9 Регламента «Рим I», основные императивные нормы составляют «нормы, которые считаются чрезвычайно важными для страны для защиты публичного интереса, в том числе политической, социальной и экономической сферы. Они должны применяться к любой ситуации, независимо от выбранного сторонами права».

Европейский Суд справедливости под основными императивными нормами понимает положения, соблюдение которых признана страной как имеющие существенное значение для защиты ее публичных интересов, таких как ее политический, социальный или экономический уклад, в той мере, что они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, независимо от того, какое бы право подлежало применению к договору в соответствии с настоящим Регламентом (дело *Lean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL and Bernard Leloup, Serge Leoup and Sofrage SARL*)[326].

При этом каждая страна свободна в определении основных императивных норм (дело *Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare*)[327].

Иным видом ограничений выбора права является публичный порядок. Регламент «Рим I» в ст. 21 определяет эту категорию следующим образом: некоторые нормы права, определенные сторонами не могут выполняться, если они «явно» несовместимы с публичным порядком (ordre public). Последний применяется только в отношении норм, выполнение которых явно противоречит государственной политике.

---

[325] Case C-381/98 Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc. ECLI: EU:C:2000:605.

[326] Joined cases C-369/96 and C-376/96 Lean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL and Bernard Leloup, Serge Leoup and Sofrage SARL, ECLI:EU:C:1999:575.

[327] Case C-184/12 Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare ECLI:EU:C:2013:663.

ИНСТИТУТ ПРИЗНАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА В ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ

М.М. Мальский[328]

Данная статья посвящена анализу содержания источников и места правоотношений, связанных с признанием и исполнением решений международного коммерческого арбитража, проблем которые возникают в таком процессе, а также последних предложений законодательных изменений этой сферы. Автор придерживается мнения, что систематизация источников регулирующих признание и исполнение арбитражных решений и выделение проблем исполнения, будет способствовать усовершенствованию их нормативного регулирования и выработке оптимальных способов устранения существующих пробелов и коллизий.

Рост темпов международной торговли закономерно приводит к увеличению споров и необходимости создания правовых институтов для их разрешения, как и к необходимости постоянного развития правового регулирования соответствующих отношений. При таких условиях, необходимыми инструментами развития международного экономического сотрудничества являются международные коммерческие арбитражные суды, как институции разрешения таких споров, а также механизмы в национальном праве, позволяющие приводить соответствующие решения к исполнению, как в части признания, так и в части исполнения таких решений (транснациональный исполнительный процесс). Такие термины как международный, трансграничный, транснациональный, зарубежный, межюрисдикционный все чаще используются для характеристики правоотношений, возникающих при разрешении споров с иностранным элементом и приведении к исполнению конечных решений в юрисдикциях, отменных от той, где такое решение было вынесено. Концепция «транснационального права» была предложена в 1956 году американским ученым Джессапом Ф., который дал определение, что транснациональное право включает всю совокупность правовых норм, регулирующих действия или события, выходящие за пределы национальных границ, включая как публичное, так и частное международное право, также как и другие нормы, которые не подпадают под эти стандартные категории. Как международное, так и транснациональное право регулируют вопросы, связанные с различными юрисдикциями, однако международное право является более широким понятием, что имеет многоуровневую структуру и представляет собой совокупность норм и правил, имеющих высшую юридическую силу над национальным законодательством, которые в то же время – направлены на установление общих правил определенных правоотношений. Транснациональное право, в свою очередь, имеет узкий характер и преимущественно регулирует частноправовые

[328] **Мальский Маркиян Маркиянович** – кандидат юридических наук, адвокат, партнер Адвокатского объединения "Arzinger".

отношения, выходящие за пределы национального, но которые все еще не могут претендовать на международный уровень, поскольку такие отношения возникают между двумя юрисдикциями или сообществом государств.

Особенностью рассмотрения дела в международном коммерческом арбитраже, что отличает такой процесс от национального судопроизводства, является возможность сторон определить процедуру и арбитров, который будут рассматривать спор. Однако, в отличие от самого арбитражного процесса, исполнение такого решения не регулируется волей сторон, а носит административный характер и подчиняется национальному праву того государства, где такое исполнение имеет место. Принудительное приведение в исполнение арбитражного решения требует привлечения ряда субъектов, таких как **суд**, который признает и дает разрешение на исполнение соответствующего решения и **органов принудительного исполнения**, которые непосредственно приводят соответствующее решение к исполнению.

Таким образом, процедура приведения арбитражного решения к исполнению объединяет две разные по своей правовой природе стадии, а именно:

(1) признание решения и предоставления разрешения на его исполнение национальными судами – *этап, который урегулирован национальным процессуальным правом и является частью судебного разбирательства,*

(2) приведение решения к принудительному исполнению – *этап, что регулируется законодательством об исполнительном производстве и носит административный характер с определенными особенностями, связанными с наличием иностранного элемента в таком производстве. Последнее также выделяют в отдельный институт транснационального исполнительного процесса.*

Признание и исполнение решений международных коммерческих арбитражей является широко исследованным в правовой доктрине. Этому вопросу также уделено внимания и в судебных разъяснениях. Однако на практике реализация прав взыскателя по арбитражным решением является своего рода «вызовом», и не только для юристов взыскателя, но и для суда, несмотря на то, что в таком производстве спор не разрешается по существу. Наблюдается целый ряд причин, которые этому способствуют, однако предпосылкой их возникновения, по нашему мнению, является недостаточное внимание к соответствующим правоотношениям в правотворческой, а в дальнейшем и в правоприменительной деятельности. В частности это выражается в одной из самых глобальных проблем – рассмотрение соответствующих дел местными общими судами первой инстанции, опыт, квалификация и загрузка которых не позволяет эффективно рассматривать дела данной категории.

С целью усовершенствования нормативного регулирования правоотношений, связанных с признанием и предоставлением разрешения на исполнение решений международного коммерческого арбитража необходимой является систематизация проблем, с которыми сталкиваются практики-юристы, суды и исполнители, как на этапе признания, так и на этапе фактического исполнения

решения. Повышение внимания юридического сообщества к проблемам, возникающим при исполнении арбитражных решений, анализ таких проблем в научных и практических изданиях, на конференциях, семинарах и круглых столах, в том числе организованных при участии МКАС при ТПП Украины, создание специализированных общественных организаций, таких как Украинская Арбитражная Ассоциация и работа комитетов других профильных организаций, объединяющих юристов, способствовали наработке конкретных предложений по усовершенствованию применимого законодательства. Часть таких предложений, в свою очередь, была учтена при проведении Судебной реформы и имплементирована в проекты процессуальных кодексов, которые ожидаемо, будут приняты в этом году. Указанное, безусловно, будет способствовать усовершенствованию процедуры признания и исполнения решений международного коммерческого арбитража. Это существенный, но пока первый шаг, в направлении более структурированного подхода к реформированию системы признания и исполнения арбитражных решений.

В этом контексте, с целью систематизации последующих предложений, следует в первую очередь выделить источники, регулирующие признание и исполнение решений международного коммерческого арбитража в Украине. Их, в частности, можно условно разделить на международное право, национальное право и судебную практику. Последняя включает как решение Верховного суда Украины, так и решения судов всех инстанций, а также соответствующих судебных разъяснений Пленума Верховного суда Украина и высших специализированных судов. В перспективе, при условии принятия соответствующих решений касательно приведение в исполнение арбитражных решений в Украине, в систему источников, регулирующих соответствующий правовой институт, можно будет отнести решение Европейского суда по правам человека и решение Конституционного Суда Украины.

Начнем с анализа международных источников, которые являются частью национального законодательства, а именно Конвенции о признании и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений (ООН, Нью-Йорк, 1958) (далее – «Конвенция»). Конвенция применяется в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где и спрашивается признание и приведение в исполнение таких решений. Каждое Договаривающееся Государство, в том числе и Украина, признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в согласовании с национальными процессуальными нормами, однако на условиях, изложенных в Конвенции. Так, основным принципом Конвенции является то, что к признанию и приведению в исполнение арбитражных решений не должны применяться существенно более обременительные условия чем то, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних решений. Указанный принцип призван обеспечить одинаковый порядок признания и исполнения арбитражного решения в разных юрисдикциях и прогнозируемость такого процесса для сторон арбитражного соглашения.

Также, Конвенция унифицирует основания для отказа в признании и исполнении арбитражного решения, перечень которых также является исчерпывающим и таким, что не подлежит расширенном толкованию национальным правом или государственными судами.

Несмотря на то, что Конвенция является основным международным источником регулирования процедуры признания и исполнения арбитражных решений, Украина является участницей и других дво- и многосторонних соглашений, регулирующих соответствующие правоотношения. Таким многосторонним договором является Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (далее – Соглашение), подписанное 20 марта 1992 г. государствами-участниками СНГ, а также двусторонние договоры о правовой помощи.

Положения, призванные обеспечить признание и исполнение решений международного коммерческого арбитража зафиксированы в **национальном праве Украины.** Основными нормативными актами, которые регулируют соответственную процедуру, являются Гражданский процессуальный кодекс Украины, Закон Украины «Об исполнительном производстве» и Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже».

Процедура признания и предоставления разрешения на исполнение арбитражного решения, как и основания для отказа в таком признании, урегулированы Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже» а также Главой 1 Раздела VIII «Признание и обращение к исполнению решения иностранного суда, подлежит принудительному исполнению» ГПК Украины. Отдельное место среди источников, которые регулируют непосредственное исполнение арбитражных решений, занимает судебная практика и в частности Постановление Пленума Верховного Суда Украины №12 «О практике рассмотрения судами ходатайств о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей и об отмене решений, вынесенных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины» от 24.12.1999 г. Указанные разъяснения фиксируют еще один основополагающий принцип – недопустимость пересмотра решения международного коммерческого арбитража по существу, обсуждения правильности решения или его изменения при рассмотрении вопроса о признании и предоставлении разрешения на исполнение такого.

Анализируя национальное право, как источник регулирования правоотношений, по приведению арбитражных решений к непосредственному исполнению, следует обратить внимание на изменения, внесенные в законодательство об исполнительном производстве, а именно новую редакцию Закона Украины «Об исполнительном производстве» от 02.06.2016 г., согласно которой международному коммерческому арбитражу выделено отдельное место среди решений, подлежащих принудительному исполнению после процедуры их предварительного признания.

Другие подзаконные акты, такие, например, которые регулируют расчеты в иностранной валюте, исполнение решений за счет бюджетных средств или

таких, которые вынесены против государства, инструкции по исполнению, также содержат нормы, которые прямо или косвенно влияют на процедуру исполнения решения арбитражного суда. Соответственно такие акты также подлежат изучению на предмет выявления проблем и недостатков, которые могут повлиять на эффективность исполнения арбитражных решений.

Отдельно, необходимо уделить внимание разработанным в рамках Судебной реформы предложениям изменений в соответствующие процедуры и тем проблемам, которые прогнозировано будут разрешены таковыми. Так, 20.06.2017 г. в первом чтении принят Проект Закона №6232 «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и другие законодательные акты» (далее – Проект), направленный на устранение недостатков украинской судебной системы, среди прочего, Проект предусматривает существенные изменения в части признания и исполнения арбитражных решений, часть которых **приведенная ниже**.

Сроки. В Проекте закреплено четкие сроки рассмотрения дел соответствующей категории, а именно 2 месяца с момента поступления в суд соответствующего ходатайства о признании арбитражного решения и 3 месяца для рассмотрения ходатайств об отмене арбитражных решений.

Инстанционность. Одним из недостатков существующего порядка признания и предоставления разрешения на исполнение арбитражных решений является слишком длительное рассмотрение дела всеми тремя инстанциями, что более всего затягивается именно на этапе рассмотрения ходатайства судом первой инстанции. При этом такие задержки связанные в первую очередь с загрузкой местных общих судов, которым подсудна соответствующая категория дел, и отсутствием необходимой компетенции у судей, которые рассматривают такие ходатайства. Законопроектом предлагается радикально разрешить указанную проблему, передав все дела о признании и исполнении арбитражных решений, вынесенных как МКАС при ТПП Украины, так и арбитражем за границей, независимо от места нахождения должника или его имущества в пределах Украины, **к компетенции Апелляционного суда г. Киева**. Таким образом, рассмотрение дела сразу апелляционным судом будет иметь следствием сокращение инстанций разрешения спора, что крайне целесообразно для данной категории дел. Отнесение указанной категории дел к подведомственности единого суда будет способствовать повышению компетенции судей и формированию единой практики. На данном этапе самая большая проблема, по нашему мнению, заключается в том, что соответствующие споры рассматриваются общими районными судами без должного опыта в коммерческих спорах с привлечением иностранного элемента. Отнесение таких споров к компетенции Апелляционного суда г. Киева является альтернативой передачи соответствующих споров к компетенции хозяйственных судов.

Также Проектом №6232 предусмотрена возможность рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения и ходатайства в его признании и

исполнении в рамках одного производства, что будет способствовать процессуальной экономии и исключит процессуальные диверсии, такие, например, как затягивание процесса признания решения одновременным обжалованием арбитражного решения в другой суд, что приводило к остановке основного производства и риску получения противоречивых выводов относительно одних и тех же правоотношений.

Взыскание в иностранной валюте. Законопроектом разрешено определять и взимать сумму задолженности в иностранной валюте. Указанная проблема стоит остро уже очень долгий период и обещает быть решена путем предоставления суду права определение суммы как в национальной, так и иностранной валюте, таким образом, значительно упростив и систематизировав работу исполнителей.

Проценты и пеня. Проектом №6232 наконец урегулирован проблемный вопрос начисления процентов или пени за каждый день просрочки исполнения арбитражного решения должником. В частности, согласно предлагаемым изменениям суд, предоставляя разрешение на признание и исполнение арбитражного решения, должен также предоставлять разрешение на исполнение решения в части взыскания процентов или пени на условиях, предусмотренных арбитражным решением. То есть, если арбитражным решением предусматриваться взыскания пени до даты окончательного погашения задолженности, суд должен признать и разрешить исполнение такого решения в полном объеме. В таком случае обязанность исчисления пени или процентов лежит на взыскателе и органах принудительного исполнения решений. При этом, сомнительной может быть практическая реализация такого положения, особенно государственными исполнителями, поскольку такие полномочия прямо не прописаны в законодательстве об исполнении решений. Также существует риск обжалования действий исполнителя должником в этой части из-за недостаточного правового регулирования соответствующих полномочий исполнителя.

Законодательством не предусмотрена возможность **добровольного исполнения арбитражного решения**. Хотя к субъектам частного права и применяется диспозитивный метод правового регулирования, однако ряд подзаконных актов фактически делает невозможным или утрудненным такое добровольное исполнение. Законопроектом предусмотрено упрощение процедуры добровольного исполнения решения, которая также требует признания и исполнения решения, но по заявлению должника и в сокращенной процедуре.

Среди неурегулированных проблем – оставление без внимания подзаконных актов, которые влияют на исполнение соответствующих решений. Так, например, согласно «Положения о порядке и условиях торговли иностранной валютой», которое утвержденное Постановлением НБУ от 10.08.2005 №281 для покупки иностранной валюты для исполнения решения суда (неторговые операции субъектов хозяйствования) необходимо предоставить банку исполнительные документы, выданные на исполнение решений, предусмотренных Законом Украины «Об исполнительном производстве». При этом, согласно указанном

закону решения международного коммерческого арбитража (до их признания национальным судом и предоставления разрешения на исполнение) не являются исполнительными документами, а следовательно их добровольное исполнение при отсутствии у должника собственной иностранной валюты – будет затруднено. Считаем целесообразным внести соответствующие изменения в упомянутое Положение, позволяющие покупку валюты для исполнения решения международного коммерческого арбитража без необходимости его предварительного признания и получения разрешения на исполнение.

Обеспечение исполнения арбитражного решения. Особое внимание следует уделить предусмотренной в Проекте возможности обеспечения иска по заявлению стороны в деле, которое передано на рассмотрение международного коммерческого арбитража. То есть предлагается ввести, фактически, обеспечения арбитражного иска до принятия арбитражным судом решения и до обращения к национальному суду с ходатайством о его признании и исполнения. Для принятия соответствующих мер обеспечения в суд подается соглашение, содержащее арбитражную оговорку, исковое или другое заявление, что влечет начало арбитражного производства, поданную в арбитражное учреждения. Заявление об обеспечении иска, согласно Проекту, будет подаваться в апелляционный суд по месту арбитража, месту нахождения ответчика или его имущества по выбору заявителя и подлежит рассмотрению в течение 2 дней со дня его подачи без вызова сторон. При этом, для такого обеспечения не требуется предварительно получать заявление об обеспечении иска в арбитражном учреждении (interim measures or freezing injunction), признавать и исполнять такое решение в Украине.

Следует отметить, что неурегулированными также остались вопросы необходимости признания и исполнения промежуточных решений (Interim Awards), а также порядок признания и исполнения решений касательно нескольких (солидарных) должников.

Отдельного обсуждения заслуживает неправильная трактовка судами положений ГПК Украины и Нью-Йоркской конвенции, в частности, касающиеся недопустимости требования дополнительных документов, кроме тех, которые предусмотрены международным договором, а также недопустимости пересмотра арбитражного решения по существу или его изменения. Вопрос определения нарушения общественного порядка также часто использовалось недобросовестными должниками, как способ затянуть судебное разбирательство и как основание для отказа в удовлетворении ходатайства, однако в настоящее время существует положительная практика, нивелирующая такие доводы за условия их ненадлежащего доказывания.

В общем, предлагаемые изменения призваны значительно упростить процедуру признания и исполнения арбитражных решений и унифицировать судебную практику. Но даже при совершенстве нормативно-правового закрепления, фактическая процедура признания и исполнения арбитражных решений будет оставаться неэффективной, если ее реализацию продолжат

осуществлять чрезмерно загруженные суды без соответствующего опыта и квалификации. Поэтому, основным достижением на данном этапе мы видим именно предлагаемую смену инстанционности дел и их подсудности именно Апелляционном суду г. Киева, который уже аккумулировал практику и опыт рассмотрения аналогичных дел. Считаем, что уже через несколько лет мы сможем оценить положительное влияние реформы и следующим этапом усовершенствования процедуры признания и исполнения арбитражных решений должны стать системные корректировки тех законодательных пробелов, которые будут в дальнейшем создавать препятствия в исполнении соответствующих решений. Следует отметить, что существенным шагом к повышению фактического уровня исполнения стало создание в Украине института частных исполнителей, также реализуется в рамках судебной реформы. Мы надеемся, что изменения улучшать качество транснационального исполнительного процесса в части исполнения арбитражных решений. В совокупности указанные изменения смело можно назвать началом нового улучшенного этапа нормативного регулирования признания и исполнения решений международного коммерческого арбитража в Украине.

Поскольку правоотношения по признание и исполнению решений международного коммерческого арбитража являются институтом транснационального права, а именно совокупностью норм национального и международного права, регулирующих однородные отношения по приведения в исполнение решений международных коммерческих арбитражей, очень важно обеспечить надлежащую прозрачность процесса. Все отмеченное выше будет способствовать улучшению имиджа Украины как про-арбитражной юрисдикции, и соответственно будет способствовать росту уровня инвестиций и международной торговли.

УКРАИНА НА ПОРОГЕ РЕФОРМЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО ПРИЗНАНИЕ И ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ РАЗРЕШЕНИЯ НА ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ: СТАНЕТ ЛУЧШЕ ИЛИ КАК ВСЕГДА?

Дмитрий Марчуков, Анна Власенко[329]

Представьте себе следующую ситуацию. Вы являетесь владельцем иностранного предприятия, ведущего бизнес, в том числе, в Украине. В какой-то момент у Вас возникли проблемы с Вашим украинским контрагентом, которые впоследствии вынудили Вас инициировать арбитражное разбирательство против него за рубежом (где-нибудь в Стокгольме, например) на основании заранее согласованной сторонами арбитражной оговорки. Вы инвестировали достаточное количество финансовых и временных ресурсов в это разбирательство, и результат Вас порадовал: арбитражный трибунал вынес решение в пользу Вашего предприятия. Затем в лице Ваших опытнейших украинских юридических советников Вы спешите поскорее исполнить это решение на территории Украины, поскольку имущество должника находится именно здесь… и, скорее всего, только здесь оно и находится. Как раз, на данном этапе Вас может ожидать множество неожиданных сюрпризов.

К примеру, представим, что в резолютивной части арбитражного решения в пользу Вашего предприятия конечная сумма процентов, подлежащих взысканию с ответчика, не посчитана. Для иностранных юрисдикций эта ситуация является вполне обычной и понятной. Связана она с тем, что иностранные суды и арбитражные трибуналы используют проценты, начисляемые на основную присужденную сумму, в качестве, своего рода, «наказания рублем», то есть как рычаг, дисциплинирующий ответчика и стимулирующий его максимально оперативно выплатить истцу присужденную в свою пользу сумму: чем дольше ответчик тянет с реальным добровольным исполнением вынесенного против него арбитражного (или судебного) решения, тем больше, в конечном итоге, ему придется заплатить. В Украине же такая практика в коммерческих спорах – как, собственно, и сама возможность на законодательном уровне – все еще отсутствует: присужденная сумма прописывается в решении по состоянию на дату непосредственно вынесения решения. И это в лучшем случае. В намного более распространенном случае присуждаемая сумма определяется украинским судом по состоянию на момент обращения истца с иском.

Описанная выше разница подходов приводила к непоследовательной практике украинских судов. В части случаев они признавали, так называемый, "post-award interest" и присуждали его по состоянию на дату вынесения определения о признании иностранного решения. Во многих же случаях, тем не менее, судьи

---

[329] **Дмитрий Марчуков**, партнер, глава практики разрешения споров AVELLUM, **Анна Власенко**, юрист практики разрешения споров AVELLUM

отказывали в признании иностранного решения в части таких процентов. Такой подход они порой объясняли тем, что, признавая иностранное решение в Украине, они не имеют права менять суть такого решения; в свою очередь, считая не посчитанную арбитрами или судом сумму процентов, некоторые украинские судьи, как они считали, меняли суть решения. Можно сказать, что подобная (несколько сомнительная) логика преобладала в подавляющем большинстве случаев, когда шла речь о признании в Украине иностранных решений с не посчитанной суммой процентов (как правило, такими процентами были именно post-award interest).

Тем не менее, с существенно более серьезной проблемой в начале 2017 г. столкнулась компания, которая является одним из лидеров украинского аграрного рынка. Так, суд апелляционной инстанции (отменяя определение суда первой инстанции) принял новое, которым полностью отказал в удовлетворении ходатайства заявителя о признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение на территории Украины (*далее – признание и исполнение*) решения апелляционной коллегии арбитражного суда Международной организации торговли зерном и кормами (GAFTA). Речь шла о взыскании с должника порядка 17 миллионов долларов, а также процентов на эту сумму, рассчитываемые поквартально с даты неисполнения обязательства и до даты полной оплаты возмещения убытков ответчиком. В своем решении арбитры не рассчитали сумму процентов, поскольку дата полной оплаты на тот момент известна не была. Неизвестна она и на сегодняшний день.

По мнению апелляционного суда, он не имеет права самостоятельно (или с учетом мнения сторон) рассчитывать конечную сумму процентов, которая подлежит оплате в соответствии с арбитражным решением, если в нем она не посчитана. Соответственно, по мнению судей, рассматривавших дело, они не имели права признать решение в части присужденных арбитрами процентов. При этом, конкретно в данном деле судьи пошли еще дальше, заявив, что частично (то есть, без присужденных арбитрами процентов) признать решение им не позволяет процессуальный закон. В итоге, суд отказал в признании иностранного арбитражного решения полностью, применив довольно известную своей «бесформенностью» оговорку о противоречии публичному порядку, содержащуюся в Нью-йоркской конвенции. В сухом остатке, решение судей в данном деле означает, что украинский суд не дает возможности кредитору получить как свои 17 миллионов долларов, так и проценты на них только лишь по той причине, что он не видит законодательной возможности рассчитать проценты самостоятельно (или даже с учетом мнения сторон).

Кроме того, возникает множество проблем с признанием и исполнением решений, в которых сумма долга указана в иностранной валюте. На сегодняшний день, действующая редакция Гражданского процессуального кодекса Украины (ГПК) – который является основным законодательным актом, посвященным данному вопросу – обязывает национальный суд указывать подлежащую к взысканию сумму с должника в национальной валюте Украины, то есть в гривне.

Для кредитора это может означать валютные потери в связи с волатильностью курса гривны. При этом, на практике у иностранных инвесторов зачастую возникал вполне справедливый вопрос, на который ответ они так и не получили: почему непосредственно в украинском суде можно получить решение, предусматривающее взыскание иностранной валюты, а при признании иностранного решения (судебного или арбитражного) в Украине сумма к взысканию обязательно должна пересчитываться в гривну?

К счастью арбитражного сообщества Украины и всех, кого могут коснуться подобные пробелы и сюрпризы в правовом поле признания и исполнения решений иностранных арбитражных судов, Украина сейчас находится в процессе судебной реформы. На рассмотрении Верховной Рады Украины находится законопроект №6232, составной частью которого является, в том числе, новый проект Гражданского процессуального кодекса Украины (Проект ГПК). Авторы Проекта ГПК не обошли стороной некоторые существующие проблемы процесса признания и исполнения решений иностранных арбитражных судов и отразили варианты их решений в тексте Проекта ГПК. Авторский состав в целом пересмотрел подход к наполнению соответствующего раздела Проекта ГПК: если в действующем ГПК правила признания и исполнения решений иностранных и международных арбитражных судов отнесены к общим правилам признания и исполнения решений иностранных судов, то в Проекте ГПК предлагается разделить процедуры признания и исполнения решений иностранных судов, международных арбитражных судов, а также третейских судов, отображая таким образом нюансы каждой из процедур.

Что касается непосредственно содержательных изменений, Проект ГПК адресовал проблему признания и исполнения арбитражных решений, в которых присуждены, но не посчитаны проценты. Согласно Проекту ГПК, если в иностранном арбитражном решении предусмотрена оплата процентов или пени, которые начисляются в соответствии с условиями, указанными в таком решении, в своем определении о признании и предоставлении разрешения на исполнение такого решения суд указывает, что соответствующие проценты или пеня начисляются до момента исполнения решения с учетом действующего законодательства, регулирующего такое начисление.

Окончательная сумма процентов (пени) в таком случае рассчитывается по правилам, определенным в решении суда, органом (лицом), который (которое) осуществляет принудительное исполнение решения суда. При этом, такой расчет может быть обжалован несогласной стороной в судебном порядке.

Авторы Проекта ГПК также обратили внимание на проблему курсовых разниц. В частности, они предусмотрели, что если в иностранном арбитражном решении сумма взыскания указана в иностранной валюте (или валютах), в своем определении суд указывает сумму взыскания в валюте, указанной в таком решении. Вместе с тем, Проект ГПК также предоставляет кредитору право, если он в принципе сочтет это необходимым, попросить суд указать сумму долга в

национальной валюте Украины по официальному курсу Национального банка Украины по состоянию на день вынесения своего решения.

Еще одним положительным дополнением к процедуре признания и исполнения иностранных арбитражных решений стало четкое и однозначное закрепление в Проекте ГПК возможности возобновить трехлетний срок для подачи заявления о признании и исполнении арбитражного решения. Такая возможность предусмотрена при условии, конечно же, что суд признает, что такой срок был пропущен по уважительным причинам.

Среди прочих новшеств, представленных в Проекте ГПК, можно также выделить то, что заявления о признании и исполнении можно будет подавать в электронном виде. Кроме того, заявления о признании и исполнении иностранных арбитражных решений будет рассматривать исключительно Апелляционный суд города Киева как суд первой инстанции. Обжаловать такое решение можно будет в апелляционном порядке согласно правилам Проекта ГПК. По нашему мнению, такое сужение юрисдикции на рассмотрение подобных заявлений может значительно улучшить качество процесса рассмотрения, поскольку у судей появится специализация на рассмотрение таких заявлений. С другой стороны, есть и опасения, связанные со значительным увеличением нагрузки на судебный корпус Апелляционного суда города Киева, что может прямо повлиять на сроки рассмотрения как заявлений о признании и исполнении арбитражных решений в частности, так и остальных категорий дел в целом. И последнее, о чем следует упомянуть в контексте обсуждаемых в этой статье нововведений, это процедура добровольного исполнения арбитражного решения о взыскании денежных средств. Данная процедура позволяет добросовестному должнику самостоятельно обратиться в суд с заявлением о признании и исполнении арбитражного решения. Преимущество такой процедуры заключается в том, что заявление должно быть рассмотрено на протяжении 10 дней с момента его подачи в суд и без вызова сторон.

На сегодняшний день юридическое сообщество Украины надеется на то, что прогнозируемые изменения в ГПК в части признания и исполнения иностранных арбитражных решений будут приняты в скором времени. И пресловутое понятие “arbitration-friendly jurisdiction”, которое многими упоминается при каждом удобном случае, опять актуально – такие изменения действительно могут сделать Украину на порядок более благоприятной юрисдикцией по отношению к арбитражу.

WRONG ARBITRATION CLAUSE CAN BRING IN WINNIHG AWARD LIE WASTE

Nikolay Melnykov, Alexander Chebotarenko[330]

As we know, foreign economic activity is governed by international law and national laws of states involved in such relationships. Sometimes in international trade contentious situations occur which require prompt and impartial resolution. Thus, international arbitral tribunals have become basic and universal mechanism for resolving such conflicts.

One of the main difficulties of settling international trade disputes is that even after the actual decision by the court in favor of the plaintiff; there is no firm guarantee of compulsory recognition and enforcement of the decision.

That an international commercial arbitration award has been completed, it is necessary to recognize and execute the same in due course in the appropriate court of the State where the respondent is located.

The Perfect Form of Arbitration Clause

Which of arbitration clauses is correct one can often determine once the arbitration in accordance with such clause is open. The reservation that is best suited for the contract as a whole, may be not the best when it is used in a particular dispute.

The ideal form of an arbitration clause does not, in fact, exist, but there is the correct form, which guarantees the expected result when adverse legal consequences are there. However, which clause is wrongly composed and not enforceable one should understand before writing such a clause.

The main purpose of the arbitration clause is to establish an unambiguous choice of the parties for the arbitration procedure in dispute resolution and to set an effective mechanism for the implementation of this option. No need to specify in the arbitration agreement unnecessary details of the arbitration process, which will be indicated in the course of the dispute or which may be adopted by the arbitrators themselves. Correctly composed arbitration agreement should avoid both extremes.

The arbitration clause should be fairly short, non-conflicting, clear and consistent.

Elements of Arbitration Clause

Using a list of specific questions is the best way to set and check whether all the required elements are present in the composition of the arbitration clause.

Among the basic list of issues to consider when drafting an arbitration clause, you can specify the following elements, which can be divided into groups: *essential elements*: type of arbitration (including the correct name of institutional arbitration, if the parties choose this); range of disputes referred to the arbitration; the place

[330] **Nikolay Melnykov,** Partner, Interlegal, Law firm, MNI, LMAA & GMAA member, melnykov@interlegal.com.ua
Alexander Chebotarenko, Senior Lawyer Interlegal, Law firm, chebotarenko@interlegal.com.ua

of arbitration (arbitration clause in ad hoc); *Elements which are desirable and recommended in the arbitration clause*: the number of arbitrators, their nationality and qualification requirements; the law applicable to the merits of the dispute; language of the proceedings; the law applicable to the arbitration agreement; *Items that may be present in the arbitration clause, depending on such factors as the specifics of the contract, the relationship of the parties and the type of arbitration* – the rules of procedure; powers of arbitrators to resolve disputes fairly or as amiable (possibility to deviate from the law); other matters (clauses on excluding challenging the award, order of the distribution of the arbitration costs, etc.).

Recommended Arbitration Clauses (examples)

An international commercial arbitration Court at Ukrainian Chamber of Commerce and Industry recommends to plug in a contract next arbitration clause: "Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the interpretation, execution, breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry in accordance with its Rules".[331]

London Court of International Arbitration (LCIA,) recommends: "Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause".[332]

International Chamber of Commerce, Paris (ICC): "All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules".[333]

London Maritime Arbitrators Association (LMAA): "This contract is governed by English law and all disputes arising under or in connection with it shall be referred to arbitration in London. Arbitration shall be conducted in accordance with one of the following LMAA procedures applicable at the date of the commencement of the arbitration proceedings".[334]

The Situation in Ukraine

On International Commercial Arbitration Act of Ukraine contains a single requirement on the form of an arbitration clause – it must be concluded in writing. Arbitration clause is deemed to be concluded not only by signing the document, but also by exchange of letters, telex, telegrams or other means of communication that secure

---

331 Arbitration clause recommended by the international commercial arbitration court at the UCCI for including into foreign economic contracts, http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/clause.html

332 London Court of International Arbitration (LCIA) recommended clauses, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx

333 International Chamber of Commerce, Paris (ICC), standard ICC Arbitration Clauses, http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-Clauses/

334 The London Maritime Arbitrators Association, arbitration clause, http://www.lmaa.org.uk/lmaa-clause.aspx

the existence of such an agreement. The parties' reference to an arbitration agreement in another document is also deemed to be arbitration agreement.

With an unclear arbitration clause in a contract, the International Commercial Arbitration Court (ICAC) at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (UCCI) acknowledges its competence on condition that a plaintiff, putting an action in the Arbitration court, asserts that parties meant consideration of dispute in ICAC at the UCCI, and a defendant in his arguments, though having traversed the claim, does not deny the competence of ICAC at the UCCI.

On International Commercial Arbitration Act of Ukraine provides that an arbitration clause that is a part of a contract shall be construed as an agreement independent of the other terms of the contract. The decision of the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail invalidity of the arbitration clause by operation of law.

If disputes arising from the contractual relationship are resolved, an arbitration clause binds only parties who have signed a contract. In this regard, the validity of an arbitration agreement may be questioned in case of improper agreement on assignment of contract or cession, that is, when rights and obligations, or just claims under the contract are assigned. According to Art. 197 of the Civil Code of Ukraine assignment of claims from the creditor to another person is permitted if it is not contrary to law or contract or if the claim is not related to an individual creditor.

Mistakes at Arbitration Clauses and their Consequences

Practice shows that the main reason of the invalid arbitrational clauses is inattention and negligence at their conclusion. As a result arbitration clause is to be deemed null and void and as a rule the dispute will be considered at the place where defendant is located.

The most common mistake made in an arbitration clause is the incorrect name of the arbitration body empowered to resolve the dispute.

In a case which was considered by Commercial court of Odessa Region, the defendant objected to the proceedings as under the terms of agreement all disputes should have been considered by the Moscow International Court of Arbitration. However the claimant provided documentary evidence that arbitration court with such a name did not exist (the correct name of the arbitration – Arbitration Court of Moscow). The court decided that the arbitration clause was null and void and did not entail any obligations. In another case the parties set London Chamber of Commerce as the place of arbitration, obviously having in mind the London Court of International Arbitration. The court also recognized the arbitration award as void and null.

Another common mistake is an agreement that all disputes will be solved in arbitration according to the legislation of a particular state. In particular, in the case which was solved by the Commercial court of Lviv region, the arbitration clause read as follows: "Disputable issues shall be resolved in arbitration according to the effective legislation of Ukraine and Poland". In its decision Commercial Court pointed out that the parties did not agree on the place of arbitration, in particular, they did not choose

the specific arbitration institution and this prevents enforcement of the arbitration clause.

It is worth noting that if despite of the abovementioned mistakes the arbitration tribunal takes a case to proceedings, the decision of such arbitration may be reversed by the state court at the request of the defendant.

In particular, Shevchenko District Court of Kyiv reversed the decision of the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (ICAC at the UCCI), as the arbitration clause referred parties to the Arbitration Court at the Chamber of Commerce in Kyiv.

In addition, the court may also reverse the decision of the arbitration, if arbitration fails to comply with or violate the terms of the arbitration clause. For example, Shevchenko District Court of Kyiv reversed the decision of the ICAC because of the parties' failure to comply with requirements on preliminary negotiations as a compulsory condition for resolving a dispute in arbitration. The position of the trial court was supported by the appeal and cassation instances.

Conclusions

Thus, the shortcomings of arbitration clause may not only lead to the nullity of such clause, but also to the subsequent reversal of the decision of the arbitration. As a result, the parties lose time and money spent on trial in arbitration. Therefore, we strongly encourage you to avoid negative consequences contact the professionals at the stage of contracts conclusion.

АРЕСТ ИМУЩЕСТВА НЕРЕЗИДЕНТА ПРИ ИСПОЛНЕНИИ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ В УКРАИНЕ

Наталья Мирошниченко,

Алена Пташенчук[335]

Участие в международных торговых отношениях несет в себе ряд рисков, главным из которых является гарантия надлежащего выполнения контрагентами-нерезидентами взятых на себя обязательств.

Нередко для разрешения спорной ситуации и защиты своих законных интересов кредитор вынужден обращаться в международный коммерческий арбитраж или иностранный суд. Однако даже если дело разрешено в пользу кредитора, по-настоящему тернистым путь становится на стадии исполнения принятого решения.

На практике участники международных коммерческих отношений часто сталкиваются с проблемой, когда должник отказывается добровольно выполнять требования иностранного суда или арбитража, изложенные в окончательном решении. Должник полностью игнорирует тот факт, что решение является окончательным, вступило в законную силу и подлежит незамедлительному исполнению с его стороны. Такая ситуация вынуждает кредитора инициировать взыскание присужденных сумм в принудительном порядке по месту регистрации должника, либо по месту нахождения его имущества.

География поиска активов и юрисдикций для осуществления эффективного взыскания достаточно широка. Как свидетельствует судебная практика последних лет, Украина является одной из стран, располагающих благоприятным юридическим климатом в части признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей на своей территории.

Этому способствует то, что Украина является участницей Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., а также стороной ряда двусторонних международных договоров о правовой помощи в гражданских и/или уголовных делах, заключенных, в том числе с такими странами, как: Польша, Молдова, Болгария, Грузия, США, Китай, Турция, Италия, Греция, Литва, Латвия, Эстония, Кипр, Панама и др. Кроме того, нормы национального законодательства прямо предусматривают право кредитора инициировать процедуру признания и исполнения решений иностранных судебных и арбитражных органов, в частности, международного коммерческого арбитража, в Украине.

---

[335] **Наталья Мирошниченко,** ассоциированный партнер Interlegal, Международная юридическая служба Президент WISTA Ukrainian, myroshnychenko@interlegal.com.ua, **Алена Пташенчук,** юрист, Interlegal, Международная юридическая служба, ICS Member, LL.M. IMO IMLI, ptashenchuk@interlegal.com.ua

Общий порядок признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей в Украине по месту нахождения имущества должника

Рассмотрение дел о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей осуществляется в рамках гражданского судопроизводства судами общей юрисдикции Украины. В соответствии с ч. 1 ст. 391 Гражданского процессуального кодекса Украины сроки предъявления решения иностранного суда или арбитража к принудительному исполнению – 3 года с момента, когда такое решение вступило в законную силу, и при условии, что оно продолжает быть действительным по состоянию на дату инициирования признания и исполнения на территории Украины.

Статья 392 Гражданского процессуального кодекса Украины, наряду с возможностью инициирования соответствующих процедур по месту нахождения должника, также предусматривает право кредитора обращаться в суды Украины за признанием и исполнением иностранных судебных и арбитражных решений по месту нахождения имущества должника на территории Украины, если сам должник на территории Украины не находится, то есть является нерезидентом.

Как показывает практика, таким имуществом могут быть объекты недвижимости, инфраструктуры, транспортные средства, в том числе морские суда, грузы, сырье, иные активы. При этом, если в отношении недвижимого имущества должника требуется подтверждение факта его государственной регистрации, то в отношении движимого – даже его временное нахождение на территории Украины признается судами достаточным основанием для принятия дела о признании и исполнении решения иностранного суда или арбитража к производству. Главная задача заявителя – доказать факт нахождения такого имущества в собственности должника.

В нашей практике было показательное дело, в котором заявитель, иностранный трейдер, обратился в Ильичевский городской суд Одесской области с ходатайством о признании и исполнении ряда решений арбитража FOSFA против иного нерезидента. Процедура признания и исполнения была инициирована по факту якобы нахождения на территории Украины имущества должника – груза, перевозка которого в морской порт Ильичевск осуществлялась на основании коносамента.

Ссылаясь на данные коносаментов, заявитель пытался обосновать наличие права собственности должника на данный груз и инициировал арест груза. В действительности, груз принадлежал третьему лицу, у которого перед заявителем не было никаких обязательств, и который не имел никакого отношений к арбитражным процессам в FOSFA. За защитой своих нарушенных прав, оригинальный грузовладелец обратился к нашим специалистам, которые доказали суду отсутствие права собственности должника на арестованное масло и незаконность такого ареста. Груз был освобожден, заявителю было отказано в признании и исполнении решений арбитража FOSFA в Украине в связи с отсутствием имущества в собственности должника.

Такие незаконные действия заявителя в отношении имущества третьих лиц – законных собственников дают им право требовать полного возмещения убытков, понесенных в связи с незаконным арестом имущества. Если это поставка

груза, то к таким убыткам могут относиться: затраты на хранение, демередж, расходы на перевалку, убытки, связанные с порчей или задержкой поставки груза, иные дополнительные расходы законных собственников.

Арест имущества должника как инструмент воздействия

В рамках признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей в Украине, имущество должника используется кредиторами в качестве главного инструмента воздействия. В соответствии с ч. 1 ст. 394 Гражданского процессуального кодекса Украины суд по заявлению лица, подающего ходатайство о предоставлении разрешения на принудительное исполнение решения иностранного суда, может принять предусмотренные настоящим Кодексом меры обеспечения иска. Обеспечение иска допускается на любой стадии рассмотрения такого ходатайства, если непринятие запрашиваемых мер может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда.

В частности, согласно ч. 1 ст. 152 Гражданского процессуального кодекса Украины иск обеспечивается наложением ареста на имущество или денежные средства, принадлежащие ответчику и находящиеся у него или у других лиц, запретом совершать определенные действия.

На практике, при рассмотрении подобного рода дел суды руководствуются Постановлением Пленума Верховного Суда Украины №9 от 22 декабря 2006 года «О практике применения судами гражданского процессуального законодательства при рассмотрении заявлений об обеспечении иска». Согласно установленным Пленумом правилам, в рамках заявления об аресте, как меры обеспечения, заявитель в подтверждение своих требований должен:

- представить суду доказательства того, что между сторонами действительно был спор и существует реальная угроза неисполнения или затруднения исполнения окончательного решения суда или арбитража, которое было вынесено в рамках разрешения соответствующего спора;
- предоставить суду данные о фактическом должнике;
- подтвердить соразмерность своих требований запрашиваемой мере обеспечения в виде ареста имущества должника.

Со своей стороны, суд оценивает представленные доказательства, учитывает факт нахождения любого иного имущества или открытых банковских счетов должника на территории Украины, а также принимает во внимание интересы третьих лиц, права которых могут быть нарушены в связи с применением соответствующих мер. Если, по мнению суда, представленных заявителем данных недостаточно, они являются ненадлежащими или применение обеспечительных мер в виде ареста повлечет нарушение одного из вышеперечисленных принципов, в удовлетворении заявления будет отказано.

Возможно ли мирное урегулирование?

Как показывает судебная практика прошлых лет, арест имущества должника и запрещение его отчуждения достаточно активно применяется судами в

рамках признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей в Украине. Определение об аресте подлежит незамедлительному исполнению, его обжалование не прекращает соответствующее исполнение и не препятствует дальнейшему рассмотрению дела судом.

Применение такого вида обеспечительных мер в первую очередь гарантирует, что в случае дальнейшего признания решения его фактическое исполнение станет значительно упрощено, поскольку будет осуществляться против арестованного имущества. Более того, как показывает практика, арест движимого имущества иностранного должника на территории Украины служит своего рода катализатором разрешения ситуации по неоплате.

Это – действенный способ воздействия на должника с целью выведения его на переговоры и урегулирования спора до фактического признания решения в Украине.

У нас большая практика ведения дел о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей на территории Украины. В одном из недавних дел, в рамках инициированного производства судом были приняты обеспечительные меры в виде ареста иностранного судна.

Арест судна, как имущества должника, был нами заявлен от имени клиента, одного из судоремонтных предприятий Украины, в связи с неоплатой со стороны заказчика, крупного судовладельца, стоимости ремонтных работ. Работы проводились на судне и были приняты заказчиком. Однако оплаты не последовало, что заставило кредитора обратиться в Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате Украины. Арбитраж требования кредитора признал и удовлетворил полностью. Решение арбитража является окончательным, вступило в законную силу и подлежит обязательному исполнению.

Несмотря на наличие окончательного решения Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Украины, заказчик на протяжении нескольких лет уклонялся от его добровольного исполнения, в связи с чем кредитором и был заявлен арест судна. Именно факт ареста судна заставил должника незамедлительно выйти на переговоры и искать пути урегулирования ситуации с кредитором.

В иных случаях, когда должник продолжает уклоняться от исполнения требований кредитора, обеспеченных арестом имущества, процедура признания и исполнения продолжается, и по результатам арестованное имущество подлежит реализации согласно условиям Закона Украины «Об исполнительном производстве» от 21.04.1999 г.

Заключение

По общему правилу, арест имущества должника на стадии исполнения решений суда или арбитража является наиболее действенным средством на пути полного удовлетворения требований кредитора. При этом если соответствующие меры предприняты в качестве обеспечения исполнения решений иностранного суда или арбитража в рамках предусмотренной законом процедуры

признания и исполнения на территории Украины, это отнюдь не исключает возможности заключения мирового соглашения между сторонами. Обеспечительные меры в виде ареста убеждают должника в серьезности намерений заявителя и реальной возможности обращения принудительного взыскания на имущество, что может подтолкнуть даже самого несговорчивого должника к проведению переговоров и мирному урегулированию ситуации.

РАЗРАБОТКА НОВОГО ШВЕДСКОГО ЗАКОНА ОБ АРБИТРАЖЕ

Наталья Петрик[336]

В 2014 г. шведское правительство поручило Министерству юстиции создать Рабочую группу по подготовке нового Закона об арбитраже. В нее вошли судьи Апелляционного суда округа Свеа, практикующие адвокаты, представители Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма *(Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC))* (далее – ТПС), а также преподаватели Стокгольмского и Уппсальского университетов. Предложения по изменениям в Законе были оформлены в виде подробного заключения и в конце 2015 г. направлены на экспертизу в различные организации, в том числе в Арбитражный институт ТПС, Шведскую арбитражную ассоциацию (Swedish Arbitration Association (SAA)), Национальный комитет Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC)) (далее – МТП), а также на лингвистическую экспертизу[337].

На момент написания статьи в Швеции действует Закон, вступивший в силу относительно недавно – в начале 1999 г.[338] Закон применяется ко всем спорам, имеющим место арбитража в Швеции, независимо от наличия иностранного элемента или национальности сторон. В нем содержатся основные принципы разбирательства, положения о процедуре, основания для различных видов поддержки со стороны государственных судов, правила подсудности, основания для отмены решений, а также положения о признании и приведении в исполнение иностранных решений.

В то же время применение Закона на практике показало необходимость его доработки. Закон создавался в начале 90-х годов, когда споры между шведскими сторонами доминировали на шведском рынке арбитражных услуг. Поэтому в нем отсутствуют положения, имеющие значение для международных дел, например норма о праве, применимом к существу спора. Еще одна интересная черта заключается в том, что Закон оставляет огромное пространство для усмотрения сторон и арбитров. В шведском арбитражном праве не ставится под сомнение, например, полномочие арбитров решать спор *ex aequo et bono*, если стороны договорились об этом. Тем не менее соответствующей нормы в Законе нет, и у иностранных сторон может возникнуть вопрос, насколько действительна подобная договоренность.

---

[336] **Наталья Петрик** – юрист Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма

[337] Översyn av lagen om skiljeförfarande: Betänkande av Skiljeförfarandeutredningen (SOU 2015:37) (http://www.regeringen.se/contentassets/78c079328bef401abd6b57f90744e504/oversyn-av-lagen-om-skiljeforfarande-sou-201537) (государственное публичное исследование, предшествующее подаче утвержденного законопроекта).

[338] Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116) (http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf).

Поэтому основной задачей Рабочей группы было внести ясность в формулировки, отразить общепринятые принципы в конкретных нормах и привести некоторые процедуры и термины в соответствие с международной практикой и стандартами ЮНСИТРАЛ. С помощью новшеств законодатель надеется сделать арбитражное разбирательство в Швеции более эффективным и понятным для иностранных сторон и арбитров.

Нововведения затронут в первую очередь нормы, регулирующие взаимодействие с судами. В меньшей степени изменения коснутся собственно арбитражной процедуры. Большинство из них нужны, чтобы пояснить уже существующие процедуры, например допустимость вынесения арбитражного решения по обеспечительным мерам.

Ниже изложены наиболее интересные изменения, предложенные Рабочей группой.

1. Уточнения в терминологии

1.1. Место арбитража

В шведском праве признается абсолютная независимость юридического места арбитража от географической локализации разбирательства. Верховный суд Швеции разъяснил понятие «место арбитража» в деле *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* Суд указал:

«Если стороны договорились о том, что место арбитража находится в Швеции, не имеет значения ни то, где проводились слушания дела, ни национальность арбитров, ни то, что все свои обязанности в отношении арбитража они выполняли за пределами Швеции, ни то, что спор возник из договора, не имеющего никакого отношения к Швеции»[339].

Другими словами, для признания «шведской национальности» арбитражного соглашения и арбитражного решения достаточно лишь соглашения сторон о месте арбитража в Швеции.

Новый Закон сохраняет тот же подход. Тем не менее, чтобы избежать путаницы, в новом Законе будет использоваться термин “seat” по отношению к месту арбитража и термин “place of the hearing” по отношению к месту проведения слушания – точно так же, как и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

Согласно Закону 1999 г. (ст. 43) по месту арбитража определяется суд, компетентный рассматривать иски об отмене арбитражного решения, в частности апелляционный суд соответствующего административного округа. В новом Законе, если законопроект будет принят без изменений, Апелляционный суд округа Свеа (Стокгольмский округ) будет наделен исключительной компетенцией по рассмотрению исков об отмене шведских решений, независимо от округа, в котором они вынесены. По статистике ТПС 2013–2014 гг., Стокгольм выбирается сторонами в качестве места арбитража в 77% международных и в 68% национальных дел. Соответственно, подавляющее большинство исков об

[339] NJA 2010 s. 508.

отмене и сейчас подается в Апелляционный суд округа Свеа. С учетом фактического положения дел и накопленного этим судом опыта в законопроекте предлагается закрепить за ним исключительную компетенцию.

1.2. Независимость и беспристрастность арбитров

В шведском арбитраже применяется довольно жесткий объективный тест, который требует не только фактическое отсутствие заинтересованности арбитра в исходе дела, но и объективное отсутствие обстоятельств, которые могли бы вызвать сомнение у разумного третьего лица в беспристрастности арбитра[340].

В принципе, регулирование и правила конфликта интересов в шведской практике не отличаются от стандарта Типового закона ЮНСИТРАЛ или Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже, хотя в действующем Законе об арбитраже предусматривается лишь беспристрастность – независимость не упоминается. Более того, правоприменение уже многие годы идет по пути использования принципов и понятий, разработанных указанными международными организациями. Так, шведский Верховный суд при рассмотрении вопроса о беспристрастности арбитра в деле об отмене арбитражного решения по делу *Anders Jilkèn v. Ericsson* ссылался на Руководящие принципы, Типовой закон ЮНСИТРАЛ и регламенты ведущих арбитражных институтов.

Поэтому при разработке нового Закона было предложено включить термин «*независимость*», хотя он и не внесет каких-либо изменений в практику.

2. Новеллы в арбитражной процедуре

2.1. Право, применимое к существу спора

В новый закон будет добавлена статья о выборе материального права, которая звучит следующим образом:

«**Статья 27 а**

Спор должен разрешаться с применением права или норм, которые были согласованы сторонами. Если стороны согласовали применение права определенного государства, это означает ссылку на материальное право, а не на коллизионные нормы данного государства, если иное не было прямо оговорено сторонами.

При отсутствии договоренности сторон применимое право определяется арбитрами с учетом норм права, с которыми спорные вопросы наиболее тесно связаны.

Арбитры могут основывать решение на принципах разумности и справедливости только при наличии прямо выраженной договоренности сторон».

Наибольший интерес с точки зрения международных споров представляет абзац второй.

---

[340] В шведском праве существуют несколько прецедентных судебных решений, разъясняющих вопросы конфликта интересов арбитров. Основными считаются решения по делам: I.C. v. Kommunernas Försäkrings AB, NJA 1981 s 1205; Anders Jilkènv. Ericsson, NJA 2007 s. 841.

Рабочая группа рассмотрела два варианта: полное усмотрение арбитров в выборе применимого материального права и принцип наиболее тесной связи спорного правоотношения. Усмотрение арбитров используется в арбитражных регламентах ТПС (ст. 22 Арбитражного регламента 2010 г.) и МТП (ст. 21 Арбитражного регламента 2012 г.) и считается, как указала Рабочая группа, наиболее современным подходом[341]. Несколько отличается подход в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, по которому (ст. 28(2)) состав арбитража применяет право в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Данный принцип также идет по пути дискреции арбитров, но включает дополнительный критерий, согласно которому нужно сначала определить применимую коллизионную норму.

В итоге Рабочая группа предложила некий третий вариант – принцип наиболее тесной связи, отсылающий к *методу* определения применимого права. Метод «наиболее тесной связи» лежит в основе Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 19 июня 1980 г.). Используя этот принцип на практике, арбитры, скорее всего, будут «черпать вдохновение» в той же Конвенции. Если данное положение будет принято без изменений, то методы определения применимого права в арбитражах ТПС и ad hoc в Швеции будут различаться. По мнению ТПС, которое было высказано в его экспертном заключении, прямой метод выбора права арбитрами более предпочтителен. В международных делах могут возникать ситуации, когда в праве, с которым спор тесно связан, отсутствуют нормы, регулирующие правоотношение между сторонами. Далеко не в каждом государстве существует развитое корпоративное право, или законодательство о ценных бумагах, или регулирование сделок о приобретении компаний и т.д. Предложенный в законопроекте подход может оказаться неэффективным в каких-то спорах. Впрочем, законопроект будет обсуждаться с учетом всех экспертных оценок и может быть изменен.

2.2. Арбитражное решение по обеспечительным мерам

Возможность выносить арбитражное решение по обеспечительным мерам существовала в арбитражных регламентах ТПС еще с 1999 г. и полностью соотносится и с Типовым арбитражным регламентом, и с Типовым законом ЮНСИТРАЛ. Шведский Закон сейчас ничего подобного не предусматривает, но и не запрещает. Устанавливается лишь полномочие арбитра по просьбе одной из сторон распорядиться о совершении другой стороной определенных действий в целях обеспечения требования, подлежащего рассмотрению арбитрами (абзац 4 ст. 25). Опять же в спорах между шведскими сторонами нет особой нужды именно в арбитражных решениях по обеспечительным мерам. Шведский суд может принять решение об обеспечительных мерах в поддержку арбитража в считанные дни, и при этом сторона не обязана ни просить разрешения состава арбитража, ни даже уведомлять его. Но решение шведского суда может быть вынесено только в отношении активов в Швеции. Соответственно, в

[341] Översyn av lagen om skiljeförfarande: Betänkande av Skiljeförfarandeutredningen (SOU 2015:37). S. 95.

международных спорах, где стороны не обладают такими активами, для сторон более предпочтительно решать вопрос об обеспечительных мерах именно в рамках арбитража.

На данный момент предлагается внести в Закон новое положение о том, что арбитры могут выносить решение по обеспечительным мерам при наличии соглашения сторон. Условие о соглашении сторон говорит о крайне осторожном подходе законодателя. Типовой закон ЮНСИТРАЛ (в ред. 2006 г.), например, не требует согласия сторон (ст. 17(2)). Аналогичным образом и в Арбитражном регламенте ТПС прямо указано, что арбитры могут выносить решение по вопросу об обеспечительных мерах (ст. 32(5)). Учитывая, что на практике стороны никогда не вносят в арбитражные оговорки положения об обеспечительных мерах, новая статья в неадминистрируемых арбитражах, скорее всего, будет применяться редко.

В то же время смысл новой статьи заключается не только в констатации права сторон требовать решение по обеспечительным мерам. Если новая статья будет принята, шведские суды смогут исполнять такие решения в принудительном порядке. Сейчас по Закону 1999 г. распоряжение арбитров об обеспечительных мерах рассматривается, как процессуальное постановление и не может быть исполнено через шведский суд.

2.3. Назначение арбитров в спорах с множественными сторонами

В действующем шведском Законе нет положений о порядке назначения арбитров в спорах с множественными сторонами. Хотя такие споры встречаются не так уж часто, к ним не всегда целесообразно применять общие правила назначения, как это произошло в деле *Dutco342. Во многих арбитражных юрисдикциях вслед за делом Dutco* были приняты специальные положения, суть которых сводится к тому, что весь состав арбитража назначается согласованным сторонами или установленным законом органом, если соответчики или соистцы не назначают арбитра совместно[343].

Поэтому ст. 14 действующего Закона предлагается дополнить соответствующим положением в новом абзаце 4:

«**Статья 14**

Если каждая из сторон должна назначить арбитра и одна из сторон в просьбе об арбитраже в соответствии со статьей 19 уведомила другую сторону о

---

342 Dutco construction c/ BKMI et Siemens, Cass. 1e civ., 7 janvier 1992, pourvois n s 89-18.708 et 89-18.726, Bull. civ. I, no 2, p. 2. Спор затрагивал три стороны, две из которых (*BKMI* и *Siemens*) были ответчиками с конфликтующими интересами. Ответчики не могли договориться о совместном назначении арбитра, в связи с чем один из ответчиков был вынужден под протестом присоединиться к выбору арбитра другим ответчиком. В противном случае арбитр от их лица был бы назначен Арбитражным судом МТП, по Регламенту которого рассматривалось дело. Арбитражное решение было впоследствии отменено Кассационным судом Франции, который посчитал, что право каждой из сторон на выбор арбитра является частью публичного порядка. Отказ от такого права до возникновения спора не может считаться действительным.

343 Такой порядок предусмотрен в Типовом арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ (ст. 10(3)), в Арбитражном регламенте ТПС (ст.13(4)), в Законе об арбитраже Великобритании (ст. 16(7) и 18).

своем выборе арбитра, последняя в течение 30 дней с даты такого уведомления обязана информировать первую сторону о своем выборе арбитра.

Сторона, уведомившая указанным образом другую сторону о своем выборе арбитра, не вправе отменить такое назначение без согласия другой стороны.

Если сторона в установленный срок не назначает арбитра, районный суд производит назначение по ходатайству стороны, первой назначившей арбитра.

[новый абзац 4]

Если арбитражное разбирательство было начато в отношении нескольких сторон и последние не могут договориться о выборе арбитра, такие стороны могут в срок, указанный в абзаце первом, потребовать, чтобы районный суд назначил арбитров от имени всех сторон. Выбор арбитра стороной, начавшей разбирательство, в таком случае оставляется без внимания».

В арбитражах ТПС специальный порядок назначения арбитров в спорах с множественностью сторон применяется с 2007 г. Чаще всего на практике случаются ситуации, когда соответчики не участвуют в разбирательстве. Новые арбитры назначаются от лица всех сторон, в том числе от истца.

В регулировании, предложенном Рабочей группой, весь состав назначается, только если соответствующее ходатайство в течение 30 дней подается соответчиками, которые не могут договориться о совместном назначении. По смыслу всей статьи, если ни один из соответчиков не обращается в суд, то ходатайство может подать истец. Здесь, правда, возникает вопрос, будет ли суд по просьбе истца назначать весь состав арбитража или только арбитра соответчиков. Судя по тому, как сформулировано новое положение, назначения всего состава могут требовать только недоговорившиеся соответчики.

Впрочем, если они не участвуют в разбирательстве и не назначают арбитра, у истца есть еще одна опция. Шведский Закон рассматривает назначение арбитра не только как фундаментальное право стороны, но и как существенное условие арбитражного соглашения в целом. Поэтому, если сторона не назначает арбитра в установленный срок, она считается отказавшейся от арбитражного соглашения, а противная сторона может вместо арбитража пойти в суд (ст. 5).

3. Новеллы в судебных процедурах, связанных с арбитражными разбирательствами

3.1. Порядок судебного обжалования компетенции состава арбитража

Одно из самых серьезных изменений в законопроекте касается порядка судебного обжалования компетенции состава арбитража рассматривать спор. Закон в нынешнем виде звучит следующим образом:

«**Статья 2**

Арбитры могут сами решить вопрос о своей компетенции рассматривать спор. Это не является препятствием для рассмотрения данного вопроса судом по просьбе одной из сторон. Арбитры вправе продолжать арбитражное разбирательство, пока просьба стороны ожидает своего разрешения в суде.

Постановление арбитров о наличии у них компетенции рассматривать спор не является обязывающим. Обжалование арбитражного решения, содержащего постановление по вопросу о компетенции, осуществляется в соответствии со статьями 34 и 36 настоящего Закона».

Хотя это прямо не следует из указанной статьи, но порядок обжалования компетенции состава арбитража определяется содержанием их решения. Если арбитры приходят к выводу, что у них нет компетенции рассматривать спор, то такие выводы оформляются в виде окончательного арбитражного решения, которое может быть обжаловано в компетентном апелляционном суде на основании ст. 36 Закона. Учитывая тот факт, что отказы ввиду отсутствия компетенции происходят крайне редко, практическое применение этой статьи также должно быть крайне ограниченным.

Если же арбитры решают продолжить рассмотрение спора вопреки возражению стороны, то их выводы могут оформляться либо в виде процессуального постановления, которое нельзя обжаловать в суде, либо в арбитражном решении. По шведскому Закону сторона не может оспорить *процессуальное постановление* о наличии юрисдикции. В таких случаях нужно дожидаться арбитражного решения и только после его вынесения подавать иск об отмене решения уже на основании другой статьи – 34 – в соответствующий апелляционный суд.

Сторона также может подать в компетентный районный суд иск о признании арбитражной оговорки недействительной или не охватывающей спорные вопросы, что, в принципе, и происходит на практике. Такой иск может быть подан до начала арбитража или в ходе разбирательства, но не после вынесения арбитражного решения.

Проблема, однако, заключается в том, что рассмотрение такого иска в суде может быть длительным и занять больше времени, чем сам арбитраж. Кроме того, Рабочая группа пришла к выводу, что существующее регулирование отличается от большинства подходов в лидирующих арбитражных юрисдикциях, а также от подхода в Типовом законе ЮНСИТРАЛ[344]. По сути, сейчас стороны могут оспаривать арбитражную оговорку как до процесса, так и в ходе арбитража до вынесения решения, а также оспаривать юрисдикцию в иске об отмене арбитражного решения, т.е. в результате получается, что можно вести два параллельных процесса в разных инстанциях по одному и тому же вопросу.

Поэтому Рабочая группа внесла предложение по переходу к модели, закрепленной в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, согласно которой стороны а) получат право обжаловать в суде постановление арбитров о наличии компетенции рассматривать спор и б) соответствующее заявление можно будет подать в суд в течение 30 дней с момента получения постановления о юрисдикции.

В новой редакции абзац 2 ст. 2 будет звучать следующим образом:

«Если состав арбитража вынесет постановление о наличии у него компетенции рассматривать спор, то возражавшая сторона может подать заявление в суд

[344] Översyn av lagen om skiljeförfarande: Betänkande av Skiljeförfarandeutredningen (SOU 2015:37). S. 115.

с требованием рассмотреть вопрос о компетенции арбитров. Заявление должно быть подано не позднее 30 дней с момента, когда сторона получила постановление арбитров. Арбитры могут продолжить рассмотрение спора в ожидании решения суда».

Также подача деклараторных исков о действительности арбитражного соглашения в суд первой инстанции будет ограничена этапом до начала арбитража. При наличии арбитражного разбирательства должен будет использоваться новый механизм, а заявления об обжаловании постановления о юрисдикции должны будут подаваться в суд апелляционной инстанции.

Данная новелла, безусловно, улучшит Закон и приблизит его к более эффективному и общепризнанному порядку обжалования компетенции арбитров.

3.2. Изменение процедуры рассмотрения исков об отмене арбитражного решения

В материалах, подготовленных Рабочей группой, есть интересное статистическое исследование дел по отмене арбитражных решений. Согласно исследованию, в год в Швеции обжалуют в среднем 19 арбитражных решений, 86% обжалований идут в суд Свеа. Отменяются не более 5% решений, т.е. абсолютное большинство арбитражных решений суды оставляют в силе[345]. Именно поэтому, как упоминалось выше, в новом Законе будет установлена исключительная компетенция Апелляционного суд округа Свеа в отношении исков по отмене арбитражных решений.

Несмотря на очень малое количество подобных дел, Рабочая группа предложила существенные улучшения судебной процедуры, которые будут отражены не столько в Законе об арбитраже, сколько в Кодексе судебной процедуры и будут заключаться в следующем.

На данный момент иски об отмене рассматриваются апелляционными судами по месту арбитража. Вместе с тем, хотя иск подается в суд апелляционной инстанции, к нему применяются правила искового производства в суде первой инстанции. В полном виде такая процедура включает установление графика, предварительное заседание, обмен заявлениями, слушание, обмен заявлениями после слушания[346]. Более того, неявка стороны на слушание в суде может привести к отмене арбитражного решения по дефолту, без рассмотрения собственно оснований для отмены. Дефолтную отмену можно аннулировать, если подать соответствующее прошение в течение 30 дней в тот же суд, который вынес решение. Тем не менее, в целом процедура представляется сложной и довольно неудобной для иностранных сторон.

Поэтому предлагается ввести процедуру, в соответствии с которой рассмотрение дел об отмене решений по общему правилу будет проходить по документам, а слушание может проводиться только по требованию стороны.

---

[345] Översyn av lagen om skiljeförfarande: Betänkande av Skiljeförfarandeutredningen (SOU 2015:37. S. 67.

[346] Подробное описание процедуры есть в Административных инструкциях Апелляционного суда Свеа по делам об оспаривании арбитражных решений (http://sccinstitute.com/media/69186/arbitration-cases-before-the-svea-court-of-appeal-version-ru.pdf).

Иски об отмене арбитражных решений сейчас рассматриваются в одной инстанции – с возможностью рассмотрения в Верховном суде, если апелляционный суд даст разрешение на обжалование своего решения по иску. Разрешения на обжалование даются в исключительных случаях – когда дело может иметь прецедентное значение для правоприменительной практики. В новом Законе предлагается в дополнение к разрешению апелляционного суда ввести разрешение Верховного суда. С помощью такого разрешения Верховный суд будет выделять конкретные вопросы дела, которые имеют прецедентное значение, а не рассматривать весь иск об отмене арбитражного решения целиком, как это происходит сейчас[347].

Самое интересное из предложенных изменений касается возможности использовать в суде английский язык. Шведские судьи в достаточной мере им владеют, и возможность представлять документы на английском языке есть и сейчас, т.е. суд может и не потребовать перевода доказательств или арбитражного решения, которое обжалуется. Однако свое решение суд всегда выносит на шведском языке. Если предложение Рабочей группы будет принято, ведение дела в суде упростится, и процесс станет более доступным не только для сторон, но и для юридических представителей, не владеющих шведским языком. В шведских судах представителями сторон могут выступать любые дееспособные лица, независимо от их национальности или квалификации.

3.3. Отмена права обжаловать гонорары арбитра, установленные арбитражными институтами

Шведский Закон об арбитраже в действующей редакции дает возможность сторонам обжаловать гонорары арбитров в суде первой инстанции (ст. 41). То, что такое право регулируется в арбитражном законе, который устанавливает специальное основание для иска, может показаться необычным. С точки зрения арбитров такое право, разумеется, нежелательно, а для иностранных арбитров – еще и непонятно. В то же время в арбитражах, которые проходят в режиме *ad hoc*, гонорары устанавливаются самими арбитрами исходя из их почасовой ставки и до конца дела неизвестны сторонам. Поэтому логика в таком регулировании есть: у сторон должно быть право судебного обжалования гонорара, если он представляется несоразмерным или необоснованным.

Более проблематична ситуация, когда гонорар арбитра установлен третьим лицом, т.е. институтом, а иск согласно Закону подается против арбитра. Тем не менее в прецедентном деле *W.M., K.H., S.K. (arbitrators) v. Soyak International Contruction & Investment Inc.*[348] Верховный суд подтвердил возможность оспаривания гонораров независимо от того, были ли они установлены арбитражным институтом или самими арбитрами. На практике же обжалования гонораров через суд крайне редки. Упомянутый выше судебный прецедент вызвал критику и в целом непонимание шведского арбитражного сообщества.

---

[347] Översyn av lagen om skiljeförfarande: Betänkande av Skiljeförfarandeutredningen (SOU 2015:37). S. 136.

[348] NJA 2008 s. 1118.

В новом Законе предлагается сделать уточнение и исключить право на судебное обжалование гонораров, если они устанавливаются арбитражным институтом.

4. Заключение

Выше приведены лишь некоторые, хотя и, на взгляд автора, наиболее важные изменения в шведском арбитражном законодательстве. На данный момент законопроект изучается Министерством юстиции, которое, утвердив законопроект, передаст его в Риксдаг. Точных сроков принятия нет, хотя и ожидается, что оно произойдет в скором времени.

В целом все изменения представляются полезными и направленными на гармонизацию шведского арбитражного закона с международными стандартами и принципами. Заслуживает всяческой поддержки стремление законодателя упростить процедуру, повысить открытость и толерантность регулирования по отношению к иностранным сторонам. Остается надеяться, что законопроект будет принят в ближайшее время и даст импульс к дальнейшему развитию Швеции в качестве популярной арбитражной юрисдикции.

О ТЕНДЕНЦИЯХ ИСПОЛНЕНИЯ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ МКАС В УКРАИНЕ И ЗА РУБЕЖОМ

Ярослав Петров, Анна Ткачева, Елена Сичковская[349]

Вместо предисловия

В сфере услуг по урегулированию международных коммерческих споров большая конкуренция, особенно, среди постояннодействующих международных арбитражных учреждений. Множество факторов влияют на выбор определенного арбитражного института при подготовке контракта и арбитражного соглашения, например, такие как: сложность договорных отношений, сумма контракта, применимое право и экспертиза арбитров, язык производства и язык документооборота среди сторон внешнеэкономических отношений, профессионализм, удобство и быстрота организации и проведения арбитражного разбирательства, возможность эффективного принудительного приведения в исполнение арбитражных решений.

Принципы признания и приведения в исполнение арбитражных решений в большей степени гармонизированы, как благодаря принятию национального законодательства на базе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, так и посредством заключения и присоединения к многосторонним международным соглашениям, в первую очередь, Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (Нью-Йоркская конвенция).

Так по общему правилу, решения международных коммерческих арбитражей признаются обязательными и исполняются сторонами добровольно. В противном случае, такие решения исполняются в соответствии с законодательством (включая международные соглашения) государства, где испрашивается принудительное исполнение арбитражного решения (по обращению заинтересованной стороны в компетентные органы такого государства).

Не смотря на универсальность принципов, определяющих процесс признания и исполнения арбитражных решений, судебная практика по этой категории дел способна продемонстрировать качество арбитражной процедуры и арбитражного решения, местные процессуальные особенности этой процедуры в отдельных странах, а также оценить, в какой-то степени, эффективность арбитражной процедуры по отношению к желаемому результату.

В этой статье приведен краткий обзор[350] судебной практики по вопросу признания и приведения в исполнение, как в Украине, так и в других странах, арбитражных решений Международного коммерческого арбитражного суда

---

[349] **Ярослав Петров** – советник, **Анна Ткачева** – старший юрист, **Елена Сичковская** – помощник юриста Юридическая фирма «Астерс»

[350] Обзор судебной практики не является полным анализом доступной практики по указанной категории споров.

при Торгово-промышленной палате Украины (далее – МКАС), самостоятельного постояннодействующего арбитражного учреждения с местонахождением в городе Киев, Украина.

Авторы статьи выражают своё признание выдающимся практикам в сфере арбитража, благодаря которым в этой статье приведен краткий обзор некоторой практики признания и приведения в исполнение решений МКАС за рубежом. А именно (без определенного порядка): *Александр Храпуцкий*, "Sysouev, Bondar, Khrapoutski & Partners" (Республика Беларусь), *Андрей Панов*, "Norton Rose Fulbright (Central Europe) LLP" (Российская Федерация), *Александр Коробейников*, "Baker McKenzie" (Республика Казахстан), *Рамунас Аудзевичиус и Римантас Дауйотас,* "MOTIEKA & AUDZEVICIUS" (Литовская Республика), *Инга Качевска,* "The Law Office of Inga Kačevska" (Латвийская Республика), *Елена Перепилинская*, "Integrites" (Украина), *Владимир Яремко*, "Sayenko Kharenko" (Украина), *Марко Сучич,* "BAIER RECHTSANWÄLTE KG" (Австрия), *Джин Бурд,* "Arnall Golden Gregory LLP" (США), и *Галина Жукова*, "BELOT MALAN & Associés" (Франция).

I. Признание и приведение в исполнение решений МКАС в Украине

A. Процедура

Применимая правовая база

Вопрос признания и приведения в исполнение решений МКАС в Украине регулируется, главным образом, Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже» (который принят на основании Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 года, без изменений 2006 года), Нью-Йоркской конвенцией и нормами Гражданского процессуального кодекса Украины (ГПК).

Отметим, что в Украине сейчас проходит судебная реформа, в рамках которой в конце июня 2017 года был принят в первом чтении президентский законопроект №6232 о внесении изменений в ряд процессуальных кодексов и других законодательных актов (**законопроект №6232**). Законопроект предполагает изменения и в нормы ГПК, которые регулируют процесс признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Принятие проекта закона приведет, как представляется, к позитивным изменениям в формировании практики, в том числе и по категории дел о признании и приведении в исполнение решений МКАС.

Как отмечалось, по общему правилу, применимому и к решениям МКАС, арбитражные решения, признаются обязательными. Решения МКАС исполняются сторонами добровольно. Сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, обращается в компетентный суд с соответствующим ходатайством.

Компетентный суд

В соответствии с действующими нормами ГПК компетентным является общий суд по месту нахождения должника по арбитражному решению, а в случае, если должник не имеет постоянного местонахождения в Украине,

компетентным будет считаться суд по месту нахождения имущества должника, на которое можно произвести взыскание. Обжалование решения суда об удовлетворении или отказе в удовлетворении соответствующего ходатайства возможно в установленном порядке. Не являются единичными случаи обжалования решения по признанию и исполнению решений МКАС по всем инстанциям, включая суд кассационной инстанции – которым до создания нового Верховного Суда Украины является Высший специализированным судом Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел (ВССУ), а иногда даже по несколько кругов.

Законопроект №6232 предусматривает прогрессивное изменение – подсудность дел о признании и приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей Апелляционному суду города Киева. Предложенное изменение может способствовать сокращению сроков на рассмотрение дел этой категории, а также способствовать формированию однообразной судебной практики. Определение по результатам рассмотрения ходатайства может быть обжаловано в апелляционном порядке.

Срок для предъявления решения к принудительному исполнению

Кредитор по арбитражному решению может обратить арбитражное решение МКАС к принудительному исполнению после вступления его в силу на протяжении трех лет со дня вступления в силу такого решение, что в случае МКАС будет с даты, когда арбитражное решение было вынесено. Из судебной практики следует, что украинские суды принимают в качестве доказательства вступления в силу решения МКАС само решение МКАС, если дата его вступления в силу указана в резолютивной части решения, а также, справки, выданные МКАС.[351]

Если же решением предусмотрено взыскание периодических платежей, то обращение за исполнением возможно на протяжении всего периода проведения взыскания с взысканием задолженности за последние три года. В иллюстрируемом деле,[352] арбитражным решением МКАС от 4 июня 2007 года было утверждено мировое соглашение, которое предусматривало выплату задолженности полугодовыми платежами с 2008 года по 2010 год. Кредитор обратился в украинский суд с ходатайством о принудительном исполнении арбитражного решения МКАС только в апреле 2011 года (последний платеж по графику должен был быть произведен в декабре 2010 года). Попытка суда апелляционной инстанции отказать в удовлетворении ходатайства, на основании истечения процессуального срока для предъявления решения МКАС к принудительному исполнению, была остановлена ВССУ, с ссылкой на вышеприведенное правило применения

---

[351] Судья районного суда города Киева оставил ходатайство о признании и приведении в исполнение решения МКАС без рассмотрения, заключив, что кредитор по арбитражному решению не представил официальный документ о том, что арбитражное решение вступило в силу, и то, что ответчик, который не участвовал в арбитражном процессе, был надлежащим образом уведомлен. Определение от 9 марта 2017 года по делу №758/3392/17 (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65242910).

[352] Определение ВССУ от 27 июля 2012 года по делу №6-9629св12 (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25240284). Отметим, что ВССУ установил наличие другого основания для отказа в удовлетворении ходатайства по принудительному исполнению решения МКАС.

3-летнего периода к решениям, предусматривающим проведение периодических платежей.

Обязательные документы

Кредитор по арбитражному решению (или его представитель) должны подать в компетентный суд подлинник или должным образом заверенную копию арбитражное решение МКАС, а также арбитражного соглашения (арбитражной оговорки). Если арбитражное решение или соглашение изложены на иностранном языке, то сторона должна предоставить также перевод таких документов на украинский или русский язык.

Б. Основания для отказа в признании и приведении в исполнение

Стандартный перечень оснований для отказа в удовлетворении ходатайств о признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений, который применяется украинскими судами (равным образом как к решениям МКАС, так и к решениям международных арбитражей с местом арбитража за границей), приведен в статье 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» и в статье V Нью-Йоркской конвенции.

Очень часто украинские суды в мотивировочной части постановлений приводят перечень всех оснований для отказа (или дают отсылку на соответствующие законодательные нормы), включая те, наличие которых должен доказать должник по арбитражному решению (без уточнения были ли такие основания действительно заявлены). В решениях об удовлетворении ходатайств о признании и приведении к исполнению арбитражных решений МКАС суды, дав перечень или отсылку на соответствующие нормы с основаниями для отказа в удовлетворении ходатайства, без лишних деталей и рассуждений по сути вопроса переходят к выводу об отсутствии оснований для отказа в удовлетворении ходатайства.

Трендом недобросовестных должников является заявление целого перечня оснований против признания и приведения в исполнения решений МКАС, а также инициирования отдельного производства по отмене решения МКАС в судах Украины.

Публичный порядок

Одним из лидирующих по частоте заявлений основанием для возражения против признания и приведения в исполнение решений МКАС является противоречия публичному порядку. Процессуальное законодательство не предлагает определения публичному порядку для целей категории дел по предоставлению обязательной силы иностранным судебным и арбитражным решениям на территории Украины. Суды иногда ссылаются на нормы Гражданского кодекса Украины о противоречии сделки публичному порядку или на Закон Украины «О международном частном праве».

Суды часто в качестве теста применяют разъяснения Верховного Суда Украины,[353] что под публичным порядком следует понимать правопорядок государства, определяющие принципы и начала, которые составляют основу существующего в ней порядка (касаются ее независимости, целесообразности, самостоятельности и неприкосновенности основных конституционных прав, свобод, гарантий и т.д.).

Стоит отметить, что украинские суды уважают принцип окончательности арбитражных решений, разъясненный Верховным Судом Украины,[354] а именно о том, что ходатайства о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов (арбитражей) суд рассматривает в установленных ними границах и не может входить в обсуждение правильности этих решений по сути и вносить в них какие-либо изменения. Хотя, ВССУ[355] заключил, что «*очевидно, что без анализа применения [арбитражным трибуналом] материального закона невозможно выявить несоответствие принятого МКАС при ТПП Украины решения публичному порядку Украины*», в проанализированной судебной практике относительно решений МКАС, суды максимально воздерживались от оценки правильности применения норм материального права к существу дела.

В одном из дел[356] этой категории, должник по арбитражному решению ссылался на то, что арбитражный суд не учел, что по контракту кредитор поставил продукцию плохого качества, должник оплатил стоимость товара, которая была больше стоимости поставленного качественного товара по контракту – соответственно должник считал, что у него отсутствует обязательство по оплате товара. По мнению должника, арбитражный трибунал не дал должной оценки этим обстоятельствам, что имело своим результатом нарушение ст. 8 Конституции Украины (верховенство права) и признание и приведение в исполнение этого решения в Украине будет нарушением публичного порядка Украины. В открытом доступе есть два решения судов первой и апелляционной инстанции – суды не поддержали заявленный аргумент должника, уточнив, что спор и решение арбитража *касается взаимоотношений между кредитором и должником* и не затрагивает правового порядка Украины, а суды не должны вдаваться в пересмотр правильности применения арбитражем права.

Публичный порядок и угроза национальным интересам

Своеобразной особенностью[357] практики признания и приведения в исполнение решений МКАС в Украине является то, что суды, ссылаясь на отсылочную

---

[353] Пункт 12 Постановления Пленума Верховного Суда Украины №12 от 24 декабря 1999 года.

[354] Пункт 12 Постановления Пленума Верховного Суда Украины №12 от 24 декабря 1999 года.

[355] ВССУ о практике рассмотрения судами дел об оспаривании решения МКАС и о признании и исполнении решений международных и иностранных арбитражей от 01 сентября 2015 года.

[356] Судебное дело №635/6529/13-ц: определение Харьковского районного суда Харьковской области от 4 октября 2013 года (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37131018#); определение Апелляционного суда Харьковской области от 29 января 2014 года (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36945305).

[357] Отметим, что и при рассмотрении ходатайств о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений с местом арбитража в стране-участнице, например, Нью-Йоркской конвенции,

процессуальную норму ГПК, применяют дополнительные дефолтные[358] основания, применимые к признанию и приведению в исполнение иностранных *судебных* решений.

Интерес представляет дополнительное основание, что «*исполнение решения угрожало бы интересам Украины*». Хотя судебная практика в части основания угрозы национальным интересам не достаточно сформированная, однако, представляется, что это основание является отдельным от основания «*признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку*».

В одном судебном деле,[359] возражая против признания и приведения в исполнение решения МКАС, государственное предприятие (отнесенное к перечню стратегически важных для экономики и безопасности Украины) указывало на то, что исполнение решения МКАС о взыскании с него долга, учитывая статус предприятия и правовой статус его имущества (государственная собственностью на праве хозяйственного ведения) будет *угрожать экономическим интересам Украины*. Суды не приняли сторону государственного предприятия, объясняя это тем, что предприятие не доказало существование угрозы своего банкротства (однако, в принципе, суды рассмотрели это основание для отказа в удовлетворении ходатайства именно по критерию угрозы национальным интересам, а не публичного порядка).

Отметим, что Законопроект №6232, скорее всего, устранит эту особенность, внеся ясность в основания, применимые для отказа в удовлетворении соответствующего ходатайства относительно решений МКАС.

Недействительность арбитражного соглашения.

Хотя в целом, украинские суды признают и уважают компетенцию МКАС устанавливать свою компетенцию, однако, установив недействительность арбитражного соглашения, отказывают в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

В одном из дел,[360] испрашивалось признание и исполнение арбитражного решения МКАС, которым было утверждено мировое соглашение между швейцарской фирмой и государственным предприятием о возврате кредита.

Украинские суды отказали в удовлетворении ходатайства на основании того, что арбитражное соглашение было недействительным. Изначально был заключен трехсторонний договор между швейцарской фирмой, государственным

украинские суды также часто применяют дефолтные основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений.

[358] Которые подлежат применению в случае отсутствия международного договора, который бы устанавливал перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений.

[359] Дело №359/10104/16-ц: определение Бориспольского городского районного суда Киевской области от 16 марта 2017 года (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65635772#) и определение Апелляционного суда Киевской области от 26 апреля 2017 года (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66249362). На момент написания этой статьи в открытом доступе отсутствуют сведения о пересмотре судебных решений в кассационном порядке.

[360] Определение ВССУ от 27 июля 2012 года по делу №6-9629св12 (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25240284).

предприятием и украинским банком. Этот кредитный договор был подчинен праву Швейцарии и содержал арбитражное соглашение о передаче споров в арбитражный суд при ТПП Швейцарии. Изменения в кредитный договор должны были оформляться в письменном виде уполномоченными лицами швейцарской фирмы, государственного предприятия и украинского банка.

МКАС принял спор на основании Дополнительного соглашения к Кредитному договору, которое было заключено между швейцарской фирмой и государственным предприятием (и не содержало подписи украинского банка), и предусматривало передачу споров в МКАС при ТПП Украины.

Суды отметили, что МКАС не определил, что Дополнительное соглашение является действительным в соответствии с применимым правом, и не установил, что он является надлежащим судом, уполномоченным решать споры по кредитному договору. В удовлетворении ходатайства о признании решения МКАС было отказано.

Соответствие соглашению сторон – обязательный рекомендационный список арбитров

Анализ некоторой судебной практики по вопросу обязательного характера рекомендательного списка арбитров МКАС свидетельствует, что украинские суды не будут считать отказ в праве стороны назначить арбитра не из рекомендательного списка нарушением арбитражной процедуры (и соответственно, основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения МКАС).

Позиция украинских судов[361] заключается в том, что если стороны согласились на арбитраж в соответствии с Регламентом МКАС (без согласования отдельной процедуры назначения арбитра), то стороны могли и должны были знать, что рекомендательный список является обязательным.

II. Краткий обзор некоторой практики признания и приведения в исполнение решений МКАС в иностранных юрисдикциях

Универсальный обзор практики признания и приведения в исполнение решений МКАС в других юрисдикциях отсутствует. В этом разделе приведен обзор некоторой такой практики.

Эффективность и скорость признания решений МКАС в иностранных юрисдикциях зависит в первую очередь от применимой процедуры. Так, известно о признании решения МКАС в Англии против английской компании, при этом процесс занял 2-3 дня после подачи соответствующего заявления без проведения заседания.

---

[361] Определение Апелляционного суда города Киева от 19 ноября 2015 года в деле об отмене арбитражного решения МКАС (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54251942), решения кассационной инстанции в открытом доступе отсутствует. Определение ВССУ от 13 мая 2015 года, которым подтверждены выводы судов первой и второй инстанции об обоснованности отказа в отмене решения МКАС по причине не принятия МКАС назначения ответчиком лица не из рекомендательного списка (http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44378310).

При этом из обзора практики судов некоторых государств усматривается, что процесс признания и приведения в исполнение может занять достаточно длительное время, а решения судов по соответствующим заявлениям может быть предметом обжалования.

Иногда ответчики предпринимают попытки затруднить процесс приведения в исполнение решений МКАС путем инициирования процесса по их отмене в Украине. В отношении стран-участниц договоров СНГ о правовой помощи могут подниматься спорные вопросы по надлежащему уведомлению должников с учетом этих договоров. Вопросы надлежащего уведомления возникали, как минимум, при признании и приведении в исполнение решений МКАС в Российской Федерации, Республике Беларусь и Республике Казахстан.

Решения МКАС признавались и приводились в исполнение в Австрии, Турции, Республике Казахстан, Российской Федерации, Республике Беларусь, Латвийской Республике, Литовской Республике и других странах.

Литовская Республика

Представляется, что есть значительная позитивная судебная практика Верховного Суда Литвы и Апелляционного суда по удовлетворению ходатайств о признании и приведении в исполнение арбитражных решений МКАС. Должники по арбитражным решениям часто не возражают против удовлетворения соответствующих ходатайств, и процесс проходит без значительных трудностей. В нескольких делах Верховный Суд Литвы анализировал вопросы действительности арбитражного соглашения и надлежащего назначения арбитров.

Республика Беларусь

Должники по арбитражным решениям МКАС при ТПП Украины, возражая против признания и приведения в исполнение решений МКАС, часто ссылаются на ненадлежащее уведомление об арбитражном процессе. При этом суды Республики Беларусь принимают во внимание доказательства участия должника в арбитражном процессе и возможность заявления возражений против компетенции в арбитражном процессе.

Важно отметить, что в Республике Беларусь есть судебная практика, в соответствии с которой суды считают необоснованными доводы должника о нарушении МКАС порядка вручения документов, предусмотренного конвенциями о правовой помощи. Суды уточняют, что МКАС при ТПП Украины не относится к учреждениям юстиции, а является негосударственным арбитражным (третейским) судом, действующим на основании своего Регламента.

Российская Федерация[362]

Есть значительная позитивная практика судов Российской Федерации по признанию и приведению в исполнение решений МКАС. Отметим, что в соответствии с некоторой практикой, в случаях, когда должники по арбитражным решениям не возражали против удовлетворения соответствующих ходатайств, суд выносил решения очень оперативно – в пределах месяца.

Как следует из проанализированной судебной практики российских судов по вопросу признания и приведения в исполнение на территории Российской Федерации решений МКАС (в большей части судебных решений 2017 года):

– суды не всегда руководствуются нормами Нью-Йоркской конвенции (как следует из текста судебных актов);

– суды иногда ссылаются на нормы процессуального кодекса в части оснований для отказа в удовлетворении ходатайств;

– суды ссылаются на международные договоры СНГ о правовой помощи: на Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности участниками СНГ (Киев, 9 октября 1992 года) и на Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 года).

Однако применение Минской Конвенции и Киевского соглашения к вопросу признания и приведения в исполнение арбитражных решений МКАС, как представляется, является спорным.

В деле №А40-195769/2016 возник вопрос надлежащего уведомления российского ответчика по арбитражному процессу. Арбитражный суд Московского округа (суд кассационной инстанции) в постановлении от 20 июня 2017 года указал на ошибочность выводов Арбитражного суда города Москвы о том, что российского должника следовало уведомлять в порядке правовой помощи по правилам, установленным в Минской конвенции и Киевском соглашении.

Суд кассационной инстанции указал, что признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации иностранных арбитражных решений (решений иностранных третейских судов) регулируется положениями Нью-Йоркской конвенции, в свою очередь, положения Киевского соглашения и Минской конвенции применимы к вопросам взаимного признания и приведения в исполнение решений иностранных государственных (а не третейских) судов.

Суд кассационной инстанции отметил, что извещение через курьерскую службу предусмотрено регламентом МКАС при ТПП Украины.

Отметим, что ссылки на соглашения СНГ о правовой помощи содержатся, в том числе и в судебных актах об удовлетворении заявлений о признании и приведении в исполнение арбитражных решений МКАС.[363]

---

[362] Авторы статьи не являются практикующими юристами по праву Российской Федерации. Приведенный обзор практики судов Российской Федерации не является всеобъемлющим. Выбор анализируемых решений и акцентов в них является личным выбором авторов статьи.

[363] Например, определение Арбитражного суда города Москвы от 13.03.2017 по делу №А40-241283; постановление Арбитражного суда Смоленской области от 10.03.2017 по делу №А62-970/2017; и определение Арбитражного суда города Москвы от 10.02.2017 по делу №А40-4663/17-63-32.

Известен один случай, когда российские суды оказали «правовую помощь» МКАС по извещению российских ответчиком на основании и в порядке, предусмотренном Киевским соглашением.

В деле №А72-2929/2016 ответчик, среди прочего, возражал против удовлетворения ходатайства о признании и приведении в исполнение арбитражного решения МКАС при ТПП Украины на основании того, что его не было надлежащим образом уведомлено об арбитражном разбирательстве.

Суд, не соглашаясь с возражениями, установил, что МКАС направлял материалы относительно арбитражного дела по всем известным адресам ответчика в Российской Федерации. Однако ответчиком корреспонденция не получалась. В связи с чем, МКАС при ТПП Украины обратился в Арбитражный суд Ульяновской области с судебным поручением о вручении ответчику искового заявления и определения МКАС. Арбитражный суд Ульяновской области выполнил судебное поручение частично (дело №А72-7269/2015): (1) суд получил и передал в МКАС документы, которые свидетельствовали о правопреемстве на стороне ответчика; но (2) суд определил вернуть исковое заявление и определение МКАС, поскольку ответчик не явился на вызов суда и не забрал указанные документы, а направленная в адрес ответчика корреспонденция возвратилась в суд с отметкой «отсутствие адресата по указанному месту». При этом, как следует судебное поручение МКАС, и Арбитражный суд Ульяновской области выполнил на основании и в порядке Киевского соглашения.

Суд, оценивая, было ли уведомление ответчика надлежащим, применил российское процессуальное законодательство, указав, что в Единый государственный реестр юридических лиц сведения о смене местонахождения ответчика были внесены только 30 августа 2016 года, в то время как решение МКАС вынес 26 августа 2016 года. Ответчик, сменив фактический адрес, не уведомив об этом контрагента, и воздержавшись от получения юридически значимой корреспонденции по юридическому адресу, несет соответствующие риски.

В целом, как следует из анализа некоторой практики российские суды часто уважают правило о том, что должник по арбитражному решению несет бремя доказывания наличия переделённых обстоятельств для отказа в удовлетворении ходатайства; также суды не входят в пересмотр правильности решений МКАС по сути, а исследуют вопрос арбитрабельности спора и нарушения публичного порядка.

Публичный порядок Российской Федерации

В деле №А40-4681/17-3-33 Арбитражный суд города Москвы в определении от 23 июня 2017 года усмотрел, что признание решения МКАС будет противоречить публичному порядку Российской Федерации, поскольку из содержания решения МКАС не усматривается, что:

МКАС исследовал документы, подтверждающие одобрение договора (по исполнению которого был решен спор в МКАС) как крупной сделки и в материалы настоящего дела таких доказательств не представлено,

в решении МКАС, не исследован вопрос о наступлении неблагоприятных последствиях для единственного учредителя общества,

в связи с чем, признание и приведение в исполнение такого решения будет противоречить публичному порядку Российской Федерации, будет нарушать общие принципы права (принципа добросовестности и запрета злоупотребления правом), так и специальных принципов законодательства о несостоятельности (запрета получения незаконных и необоснованных преимуществ кем-либо из кредиторов).

Более того, суд усмотрел, что третейское разбирательство было инициировано украинским предприятием, в целях легализации необоснованного требования, основанного на искусственно созданной задолженности, для его использования в будущем в качестве основания инициирования процедуры несостоятельности, а также получения преимущества первого заявителя по делу о банкротстве.

В деле №А40-4668/17-83-29[364] Арбитражный суд города Москвы определением от 10 мая 2017 года отказал в удовлетворении заявления украинского предприятия о признании и приведении в исполнение против российского должника, ссылаясь на несколько оснований:

Отсутствие компетенции МКАС: государственный суд, в связи с тем, что заявитель подал только нотариально заверенную копию одного арбитражного положения из договора, по которому рассматривался спор, не смог идентифицировать сторон договора и пришел к выводу, что МКАС не имел компетенцию рассматривать спор.

Нарушение публичного порядка Российской Федерации на таких же основаниях, как и в деле №А40-4681/17-3-33 (описанном выше).

Также одна из апелляционных инстанций отметила, что в одном месте в тексте решения МКАС назвал истца ответчиком по арбитражному делу, в связи с чем арбитражное решение «*вносит правовую неопределенность для участников третейского разбирательства и компетентного суда*».

[364] Оставлено без изменений постановлением Арбитражного суда Московского округа от 14 июля 2017 года.

ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ АРБИТРАЖА

К. Н. Пильков[365]

Когда в серьезной дискуссии речь заходит о психологических факторах, имеющих вес в арбитраже, достойными внимания считаются, прежде всего, а иногда и только лишь вопросы межкультурных различий. В связи с этим в литературе даются советы о выстраивании психологически комфортного взаимодействия между арбитрами и советниками сторон в случаях, когда они принадлежат к разным культурам. В остальном же арбитраж видится сферой логики, беспристрастной оценки фактов и правоприменения, не подверженной каким-либо неосознаваемым влияниям. И уж точно арбитры не чета присяжным, о предубеждениях и подверженности механизмам группового принятия решений которых столько написано в специальной литературе. В этой статье автор намерен показать, что это не совсем так и что участникам арбитражного разбирательства и, прежде всего, арбитрам, следует учитывать, по меньшей мере, несколько важных психологических факторов, что позволит сделать разбирательство более справедливым, а арбитражное решение – принятым в условиях максимально непредвзятой оценки доказательств.

1. Справедливость решения и справедливость арбитражного разбирательства в восприятии сторон

Как показали исследования психологов, проводимые с середины 1970-х годов, даже если результат рассмотрения спора для стороны был отрицательным и решение принято не в ее пользу, *справедливость процесса существенно влияет на уровень удовлетворенности решением и готовность принять и исполнить решение как законное и справедливое*[366]. *Психологическое значение соблюдения процедуры арбитражного разбирательства состоит таким образом в том, что уровень удовлетворенности стороны решением третьего лица, решающего спор, подвержен очень сильному влиянию такого фактора, как оценка справедливости процедуры, примененной этим третьим лицом для рассмотрения дела.*

Стороны применяют критерий справедливости для оценки как результата разбирательства, так и самого процесса, который привел к результату. При этом они оценивают эти два явления отдельно. Закономерно, что стороны, которые считают, что процесс был справедливым по отношению к ним, а результат – благоприятным, оценивают процесс и результат в целом очень высоко. Однако и те, кто получил неблагоприятный результат, выражают большее удовлетворе-

---

[365] **Константин Николаевич Пильков** – к.ю.н., арбитр МКАС при ТПП Украины, партнер ЮФ Cai & Lenard, магистр психологии

[366] См. Diamond S. S. Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. – Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003 – p. 329. См. также Tyler T. R. The Two Psychologies of Conflict Resolution: Differing Antecedents of Pre-Experience Choices and Post-Experience Evaluations / Tom R. Tyler, Yuen J.Huo, E. Allan Lind // Group Processes and Intergroup Relations. – 1999. – Vol. 2 (2). – p. 101.

ние разбирательством в целом в тех случаях, когда процесс воспринимался ими как справедливый. Поскольку первые исследования восприятия справедливости были сосредоточены на справедливости результата (distributive justice) и на предположении, что результат является определяющим в оценке, открытие того, что процессуальная справедливость (*procedural justice*) вносит независимый и весьма существенный вклад в общую оценку, оказалось неожиданным и в высочайшей степени важным. Психологические исследования последних лет также выявили особенность в оценках и предпочтениях спорящих сторон, что позволило сделать вывод о «двух психологиях», каждая из которых проявлялась в зависимости от того, когда замерялись предпочтения. В тех случаях, когда они замерялись до проведения разбирательства, среди предпочтений преобладали те, которые, как предполагалось, могли помочь стороне максимизировать достижение положительного результата по сути спора. Когда же замер проводился после получения опыта разбирательства, оценки сводились преимущественно к оценкам качества обращения арбитра к стороне[367]. Дальнейшие исследования позволили установить, что спорящие стороны не только дают более высокую оценку разбирательству, процессуальный компонент которого они оценивают как справедливый, но и проявляют большую готовность исполнить то, что было присуждено в результате более справедливого процесса[368].

Теория о том, что справедливость процесса воспринимается как залог справедливого решения, не единственное объяснение психологической ценности для сторон справедливого разбирательства. Психологи, изучавшие этот феномен, считали, что справедливым стороны видят процесс, над которым они имеют контроль, а ощущение контроля над процессом дает ощущение контролируемого результата. Другие исследователи пришли к выводу, что справедливый процесс позволяет сторонам изложить свои аргументы, «рассказать свою версию» спорной ситуации, что уже само по себе составляет ценность, разбирательства, независимую от полученного в результате решения арбитра[369]. Все три объяснения можно принять как дополняющие друг друга, а также признать важность соблюдения справедливой процедуры арбитражного разбирательства, которая должна обеспечивать сторонам необходимый контроль над разбирательством и возможность «быть услышанными».

2. Состязательный или инквизиционный процесс?

В современном арбитраже справедливое разбирательство может быть обеспечено как при активном участии арбитражного суда в процессе доказывания, так и в условиях полной состязательности. Тем не менее, психологические различия

---

[367] Tyler T.R. The Two Psychologies of Conflict Resolution: Differing Antecedents of Pre-Experience Choices and Post-Experience Evaluations / Tom R. Tyler, Yuen J.Huo, E. Allan Lind // Group Processes and Intergroup Relations. – 1999. – Vol. 2 (2). – p. 100.

[368] Shestowsky D. Dispute Resolution, Psychology Of / Donna Shestowsky/Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives / Editors: David S. Clark et al. – Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 2007. – p. 427.

[369] Vidmar N. The Origins and Consequences of Procedural Fairness / Neil Vidmar // Law and Social Inquiry. – 1990. – Vol. 15, Issue 4. – p. 883.

состязательного и инквизиционного разбирательства весьма существенны. Исследования психологических аспектов деятельности по разрешению споров основываются на классических исследованиях процессуальной справедливости психолога Джона Тибо и адвоката, профессора права Лоренса Уокера. В 1975 году они опубликовали результаты первых экспериментов, выявляющих предпочтительные типы разбирательств. Значительная часть их исследований была посвящена изучению того, как стороны оценивают две процессуальные модели, состязательную и инквизиционную. Дж. Тибо и Л. Уокер обнаружили явный перевес предпочтений в пользу состязательной модели, которую участники экспериментов воспринимали как более справедливую. Ученые последовательно подтвердили предпочтения состязательной модели также в странах, которым традиционно присуща инквизиционная модель разбирательств, в частности во Франции и ФРГ. Этим они опровергли утверждения о том, что в странах общего права предпочтение состязательной модели отдается лишь в силу укорененности этой модели в культуре[370].

Существует несколько теорий, объясняющих то, каким образом индивид определяет некоторую процедуру как справедливую. Одна из них предполагает, что справедливость оценивается, исходя из того, какой уровень контроля индивид сохраняет над выявлением и отбором информации, которая будет использована для разрешения спора. Эта теория известна под разными названиями, в частности, как теория процессуального контроля (*process control*) или теория голоса. Второе, инструментальное, объяснение этого феномена или объяснение с точки зрения социального обмена предполагает, что контроль над процессом является непрямым средством получения благоприятного результата. Более поздние работы психологов, однако, показали, что возможность высказаться и донести свою позицию повышали оценку спорящими сторонами справедливости отношения к ним, даже если они знали, что их высказывания не могут и не будут иметь влияния на результат. Таким образом, вместо того, чтобы воспринимать процесс сугубо в инструментальных координатах как средство получения благоприятного для себя результата, стороны часто определяют справедливый процесс в зависимости от того, насколько уважительно вовлеченное в решение спора третье лицо (арбитр) относилось к ним, поскольку такое отношение сигнализирует о статусе и принятии в группу. Это объяснение выступает в поддержку также другой теории, известной как модель групповых ценностей. Еще одна, более новая теория – теория эвристики справедливости – предполагает, что когда индивид лишен четких критериев для оценки справедливости результата разрешения спора, он использует оценку процесса разрешения как ментальный ярлык для оценки результата[371].

---

[370] Shestowsky D. Dispute Resolution, Psychology Of / Donna Shestowsky / Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives / Editors: David S. Clark et al. – Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 2007. – p. 427.

[371] Там же. – p. 427.

Очевидно, что с позиций любой из перечисленных выше теорий состязательный подход имеет несомненные преимущества: он предусматривает бóльшую степень контроля сторон над разбирательством и обменом доказательственной информацией. Поэтому стимулирование арбитрами состязательности и ограничение собственных инициатив в получении доказательств может иметь следствием большую удовлетворенность сторон и принятие ими разбирательства как более справедливого. Правда, полное невмешательство арбитров в процесс изложения сторонами своих аргументов и доказательств может вылиться в снижение эффективности разбирательства, что повлечет неудовлетворенность сторон, но уже другого толка.

Уже в 1980-х годах исследования Блэра Х. Шепарда, направленные на проверку и развитие теорий Дж. Тибо и Л. Уокера, показали, что так называемая гибридная модель арбитража является оптимальной. Эта модель предполагает свободу спорящих сторон в представлении доказательств и аргументов, при этом она позволяет арбитру задавать вопросы и уточнять факты во время разбирательства. Эксперименты Б.Х. Шепарда показали, что хотя стороны между инквизиционным и состязательным процессами отдавали предпочтение состязательному, гибридный процесс они предпочитали обоим из этих двух видов. При этом гибридный процесс рассматривался сторонами как наиболее справедливый, поскольку третье лицо (арбитр), которому было позволено проявлять активность на стадии разбирательства, считалось способным быть более информированным и принимать рациональное решение[372].

Таким образом, в организации арбитражного разбирательства наилучшее решение состоит в сбалансированном состязательном подходе. Его эффективность должна обеспечиваться не самостоятельным выяснением арбитрами обстоятельств дела, а установлением эффективной процедуры, в том числе с необходимыми ограничениями. Последнее, как оказывается, дается арбитрам весьма непросто.

3. Нужны ли слушания?

Слушания по доказательствам в арбитраже все чаще проводятся только тогда, когда есть необходимость допросить свидетелей. Необходимость эта продиктована тем, что определение достоверности показаний, правдивости слов свидетеля – очень сложный процесс, в котором интуитивные и логические компоненты оценки тесно переплетены. Вероятно, если бы не это обстоятельство, то от устных слушаний в арбитраже можно было бы отказаться вовсе из экономических соображений.

Напротив, с психологической точки зрения слушания как процедура арбитражного рассмотрения – одна из немногих, способных обеспечить наиболее полный контакт между представителями сторон и арбитрами. Она воспринимается как позволяющая участникам не просто представить доказательства и

---

[372] Vidmar N. The Origins and Consequences of Procedural Fairness / Neil Vidmar // Law and Social Inquiry. – 1990. – Vol. 15, Issue 4. – p. 882.

изложить аргументы, но еще и вступить в вербальные и невербальные взаимодействия, направленные на усиление своей позиции, донести «послания», чего нельзя сделать при обмене документами. «Для большинства людей, в том числе арбитров, такие послания в речи являются более мощными и сохраняющими свое воздействие сигналами, чем сама речь»[373].

Кроме того, что слушания являются уникальным средством получения информации арбитрами, они еще и имеют особенный эффект на стороны – являются для них одной из психологических гарантий справедливости разбирательства.

Участники разбирательства придают весомое значение возможности выступить устно в процессе рассмотрения спора даже в тех случаях, когда они понимают, что сказанное ими окажет незначительное влияние либо вообще не влияет на принятие решения. В известных исследованиях в тех случаях, когда респонденты из числа представителей сторон в разбирательстве имели возможность выступить перед арбитрами до принятия решения, их оценка справедливости решения была значительно выше, чем когда им такой возможности не предоставили[374].

Таким образом, слушания, от проведения которых в современном арбитраже все чаще отказываются в пользу арбитража по документам, являются важным инструментом психологической «легитимации» будущего арбитражного решения, обеспечения удовлетворенности сторон процессуальной справедливостью, о которой речь шла ранее и которая имеет значение для принятия сторонами арбитражного решения в целом.

4. Психологическое значение стандарта доказывания

Стандарт доказывания часто определяют как уровень вероятности, до которого обстоятельства должны быть подтверждены доказательствами, чтобы они могли считаться действительными, правдивыми[375]. В континентальных правовых системах аналогом стандарта доказывания иногда называют принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению *(intime conviction либо conviction raisonnée).* Все же понятия стандарта доказывания и оценки доказательств по внутреннему убеждению не являются тождественными и даже близкими по смыслу. Принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению, прямо или косвенно закрепленный в процессуальном законодательстве многих европейских стран, дает ответ на вопрос о том, при каком условии суд может считать обстоятельство доказанным, а именно, при условии формирования у него под влиянием доказательств соответствующего внутреннего убеждения.

---

[373] См. Waites R. C. Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy/ Richard C. Waites and James E Lawrence / The Art of Advocacy in International Arbitration. Editors: R. Doak Bishop, Edward G. Kehoe. – Juris Publishing, Inc., 2010. – p. 101.

[374] Diamond S. S. Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. – Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003 – p. 332.

[375] Van Houtte V. Adverse Inferences in International Arbitration. /Written Evidence and Discovery in International Arbitration. Edited by: Teresa Giovannini, Alexis Mourre. ICC Publication No. 698E , 2009. – p. 197.

Разграничению понятий стандарта доказывания и внутреннего убеждения в континентальной правовой традиции мешает то, что концепция принятия решения по внутреннему убеждению может восприниматься как стандарт «вне всякого разумного сомнения», а это недопустимо, поскольку и юридически, и психологически обоснованно в арбитраже применять иной, более низкий стандарт.

Можно выделить по крайней мере четыре стандарта доказывания, которые применяются в юрисдикционной практике.

Стандарт минимальных доказательств *(scintilla of evidence)* считается достигнутым, если предоставлен хотя бы наименьший объем доказательств, относящихся к делу. В практике доказывания он почти не применяется[376].

Стандарт преимущества более веских доказательств (*preponderance of evidence*) считается выполненным, если доказательства в подтверждение определенных обстоятельств перевесят доказательства в подтверждение обратного. Этот стандарт называют также балансом вероятностей и раскрывают с помощью конструкции «скорее так, чем иначе». Его не следует рассматривать как относящийся к оценке того, чья версия, истца или ответчика, более вероятна. Правильнее было бы говорить, что стандарт баланса вероятностей определяет то, является ли с учетом всех представленных доказательств версия стороны, которая несет бремя доказывания, более вероятной, чем противоположная ей.

Стандарт четких и убедительных доказательств *(clear and convincing evidence)* соответствует убеждению в том, что обстоятельство доказано с высокой степенью вероятности и его доказанность следует с разумной очевидностью. Наивысшим стандартом доказывания считается стандарт «вне всякого разумного сомнения» *(beyond reasonable doubt),* примером применения которого является доказывание вины в уголовном судопроизводстве. Для того чтобы этот последний стандарт не считался выполненным, достаточно посеять разумное сомнение в том, что выдвинутая стороной, несущей бремя доказывания, версия является единственно возможным объяснением обстоятельств.

Стандарт баланса вероятностей наиболее отвечает природе международного коммерческого арбитража еще и потому, что его применение не несет риска излишнего формализма в оценке доказательств, как это иногда имеет место в случаях оценки доказательств с применением более высоких стандартов. В проведенном автором этой статьи пилотажном психологическом исследовании, в котором приняли участие студенты магистратуры одного из столичных университетов, этот тезис был предварительно подтвержден. Автор не излагает здесь всех результатов, поскольку они требуют более серьезной проверки в рамках полноценного исследования, которое сейчас проводится. Пилотажное исследование показало существенную взаимосвязь между наличием у испытуемых знания о том, что такое стандарт доказывания «баланс вероятностей» в арбитраже, и принятием ими арбитражного решения в смоделированном споре на основании принципов разумности, добросовестности и справедливости.

---

[376] Fleming J. Jr. Sufficiency of the Evidence and Jury Control Devices Available Before Verdict / James Jr. Fleming // Virginia Law Review. – 1961. – Vol. 47. – pp. 219–219.

Испытуемые, которые были ознакомлены с концепцией стандарта доказывания и стандартом баланса вероятностей, проявили меньший формализм при разрешении дела и большую готовность применять принципы разумности, добросовестности и справедливости, на которых основываются договорные обязательства. Напротив, испытуемые, которым не было ничего известно о концепции стандарта доказывания, устанавливали явно формальные критерии доказанности имеющих значение для решения спора обстоятельств и возлагали на стороны чрезмерное бремя доказывания, свойственное более высокому стандарту чем тот, который применяется в арбитраже. Таким образом, можно предварительно заключить, что даже ознакомление арбитров с понятием стандарта доказывания и разграничение их уровней полезно для арбитражной практики, поскольку позволяет избежать формализма в доказывании и необоснованного возложения на стороны чрезмерного бремени доказывания, что воспринимается как несправедливое отношение.

Описанные выше проблемы, с которыми приходится сталкиваться участникам арбитражного разбирательства, конечно же не составляют весь спектр психологических факторов, влияющих на арбитраж, или даже всех тех, которые в арбитраже особенно важны. В других специальных исследованиях более детально раскрыты психологические риски принятия к рассмотрению недопустимых доказательств, значение раскрытия доказательств, а также когнитивные искажения при оценке доказательств и способы устранения неблагоприятного влияния психологических факторов на принятие арбитрами решений[377]. Кросскультуральным психологическим различиям посвящены целые серии серьезных исследований, в связи с чем в рамках этой статьи такие вопросы были оставлены без внимания в надежде на то, что заинтересованный читатель обратится к таким исследованиям самостоятельно[378]. Здесь мы ограничимся лишь констатацией их многообразия и важности для развития арбитража как юридически и психологически более универсального, чем национальные судебные процессы, механизма решения споров.

---

[377] Пильков К. Н. Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже: Научно-практическое пособие. – Киев: Освита Украины, 2016. – С. 549–566.

[378] См. Waites R. C. Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy/ Richard C. Waites and James E Lawrence/The Art of Advocacy in International Arbitration. Editors: R. Doak Bishop, Edward G. Kehoe. – Juris Publishing, Inc., 2010. – p. 80. *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. – Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003 – p. 339.

Литература

1. *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond//International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions/General Editor; A. J. van den Berg. – Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003. – pp. 327–342.
2. *Fleming James Jr.* Sufficiency of the Evidence and Jury Control Devices Available Before Verdict / Fleming James Jr. // Virginia Law Review. – 1961. – Vol. 47. – pp. 218–248.
3. *Shestowsky D.* Dispute Resolution, Psychology Of/Donna Shestowsky/Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives / Editors: David S. Clark et al. – Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 2007. – pp. 427–431.
4. *Tyler T. R.* The Two Psychologies of Conflict Resolution: Differing Antecedents of Pre-Experience Choices and Post-Experience Evaluations/Tom R. Tyler, Yuen J.Huo, E. Allan Lind // Group Processes and Intergroup Relations. – 1999. – Vol. 2(2). – pp. 99–118.
5. *Van Houtte V.* Adverse Inferences in International Arbitration. / Written Evidence and Discovery in International Arbitration. Edited by: Teresa Giovannini, Alexis Mourre. ICC Publication No.698E, 2009. – pp. 195–217.
6. *Vidmar N.* The Origins and Consequences of Procedural Fairness/Neil Vidmar//Law and Social Inquiry. – 1990. – Vol. 15, Issue 4. – pp. 877–892.
7. *Waites R. C.* Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy/Richard C. Waites and James E Lawrence/The Art of Advocacy in International Arbitration. Editors: R. Doak Bishop, Edward G. Kehoe. – Juris Publishing, Inc., 2010. – pp. 69–79.
8. *Пильков К. Н.* Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже: Научно-практическое пособие. – Киев: Освита Украины, 2016. – xx + 611 с.

К ВОПРОСУ О ЮРИСДИКЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА В УКРАИНЕ

Олег Подцерковный[379]

Юрисдикционные вопросы являются одними из самых сложных в той правовой системе, где существует острая конкуренция между органами власти за регулятивные полномочия и расширение властных полномочий без учета саморегулятивных возможностей институтов гражданского общества. Именно так происходит в Украине, где последние 20 лет одновременно с падением доверия к судебной власти наблюдалось непропорциональное ограничение полномочий и направлений деятельности организаций и лиц, способных разрешать юридические конфликты во внесудебных процедурах. Речь идет, прежде всего, о третейских судах: перечень дел, которые не могут рассматривать третейские суды, постоянно растет. В частности, он увеличился с 8 до 14 категорий с момента принятия Закона «О третейских судах», не вспоминая подробно о том, что согласно еще более раннего Положения Госарбитража при Совмине СССР 1975 года о третейском суде для рассмотрения хозяйственных дел между объединениями, предприятиями, организациями и учреждениями на рассмотрение третейского суда могли быть переданы любые споры, «отнесенные к компетенции арбитражных органов». То есть в независимой Украине при развитии третейских судов заложена весьма спорная относительно своей прогрессивности идеология ограничения их предметной компетенции. Данные ограничения пока что не коснулись международного коммерческого арбитража в силу Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», основанного на мировых стандартах арбитражного дела.

Вполне ожидаемое ослабление запретов в отношении внутригосударственного третейского разбирательства в свете активности государства в сближении с правовыми системами европейских стран, к сожалению, не находит своего подтверждения в реальной законопроектной работе. В проектах новых процессуальных кодексов, разработанных Радой по вопросам судебной реформы при Президенте Украины (законопроект 6232), данные проблемы не только не решены, но и усугублены. Речь идет об очередном «наступлении» на свободу третейского разбирательства – уже в разрезе международного коммерческого арбитража в Украине. В частности, в проекте Хозяйственного процессуального кодекса появились специальные нормы, ограничивающие юрисдикцию не только внутриукраинских третейских судов, но и международного коммерческого арбитража в пользу исключительной компетенции хозяйственных судов.

Для того, чтобы разобраться в сути данного вопроса необходимо сделать несколько отступлений.

---

[379] **Олег Петрович Подцерковный** – доктор юридических наук, профессор, арбитр МКАС при ТПП Украины, член-корр. НАПрНУ, г. Одесса

Вопрос о круге дел, которые вправе рассматривать международный коммерческий арбитраж, целесообразно рассматривать на современном этапе в Украине именно в контексте понятия «юрисдикции», а не просто «компетенции» международного коммерческого арбитража или арбитрабельности споров, как это традиционно делается, по двум важным причинам.

Первая – связанность понятия юрисдикции именно с предметной компетенций органа, полномочного рассматривать юридические конфликты, тогда как понятие компетенции большинством процессуалистов признается более широким, под видом которого могут скрываться не только вопросы собственно предмета ведения того или иного органа, но и другие элементы его специальной правосубъектности. Например, у международного коммерческого арбитража под этим углом зрения могут быть выявлены не только предмет ведения споров, но и ряд иных хозяйственных, налоговых, управленческих и организационных полномочий как элементы его компетенции.

Вторая – практическая необходимость вывода дискуссии по поводу соотношения полномочий государственных и арбитражных органов на новый, более высокий уровень. В данному случае – юрисдикционный, где необходимо понимание функционирования несколько органов, юрисдикционная польза которых относительно друг друга не может преуменьшаться. Это необходимо не только для сбалансирования оценок результативности деятельности различных органов по разрешению юридических конфликтов, но и для констатации самого факта широты юрисдикционных полномочий, находящихся в компетенции не только государственных судов, но и у третейских органов, прежде всего международных коммерческих арбитражей.

«Юрисдикционный» взгляд на проблему предметной компетенции арбитража имеет преимущество, как представляется, и перед направлением исследования понятия «арбитрабельности» споров. Ведь в данном случае научная дискуссия переносится, по сути, с характеристики спора на организационную составляющую властной деятельности арбитражного органа, что переводит обсуждение в практическую плоскость соотношения полномочий юрисдикционных органов как элемента правовой системы. Как это происходит, например, с понятиями хозяйственного спора и юрисдикции хозяйственных судов – первое нельзя охарактеризовать точно на основании лишь качественных характеристик спора – необходимо сравнение подведомственности дел хозяйственным, административным и общим судам.

Хотя само этимологическое значение юрисдикции чаще ассоциируется именно с производством в государственных судах (см, например, понятие «юрисдикции» в Википедии), однако более точно говорить о феномене юрисдикции в более широком значении, предусматривающем как внешний международно-правовой аспект, так и внутренний. Последний характеризуется волею народа наделить не только государство в лице судов властными функциями по разрешению споров, но и иные институты гражданского общества. Сама сила национальных традиций, «мягкого» [международного экономического] права

и в целом разумной заботы о своей стране, обуславливает то, что государство (в лице судов) не обладает юрисдикционной монополией. Коммерческие арбитражи (третейские суды) также наделяются народом властью и правом на разрешение юридических конфликтов. Даже в условиях запрета на третейское производство, будь такой внедрен, он не привел бы к исчезновению внесудебного урегулирования споров – последний приобрел бы теневые формы посредничества в разрешении правовых и неправовых конфликтов.

Ограничение юрисдикции третейских судов является весьма противоречивым явлением в тех случаях, когда процессуальные порядки [даже для административных судов], допускают мировое соглашение при урегулировании конфликтов. Ведь наделение конфликтующие стороны правом решить спор мировым путем предполагает и право сторон в таком случае выбрать независимое лицо (третейский суд), которое может на принципах арбитрирования и незаинтресованости произвести решение спора мебжду сторонами во внесудебному порядке.

Контраргумент, который здесь может прозвучать: мировое соглашение в судебном процессе проверяет суд на предмет соответствия закону и интересам сторон перед его утверждением, в отличие от процедуры третейского разбирательства. На данный довод можно возразить указанием на то, что решение третейского суда, в том числе арбитража, также проходит проверку при приведении к исполнению на предмет соответствия публичному порядку и не может нарушать сверхимперативных норм национального права, о чем еще будет сказано.

Если государство беспокоится по поводу того, что отдельные споры могут быть несправедливо решены третейскими судами или арбитражами, то это сомнение логично было бы отнести и на счет справедливости мирового соглашения или злонамеренного соглашения представителей сторон при заключении мирового соглашения в государственных судах.

Некорректной является и излишняя опека государства над субъектом права по поводу его ограничения в доступе к третейскому урегулированию ввиду гипотетической возможности «кабального третейского соглашения». Ведь кабальными могут стать практически любые частно-правовые соглашения, если они заключаются без учета возможностей, знаний и опыта субъекта, их заключающих. Поэтому такая опека в форме запретов – губительное патерналистское отношение государства к своим гражданам, лишающее их возможности брать на себя ответственность и самим решать свою судьбу. Государство должно бороться с мошенническими операциями, монополистическими и банковскими злоупотреблениями, другими общественно-опасными деяниями в конкретных жизненных отношениях, а не исключать саму возможность субъекта права решать свою судьбу самостоятельно по принципу «нет субъекта – нет проблемы».

Поэтому запрет на передачу дел в третейский суд или арбитраж в тех случаях, когда запрет на заключение мировых соглашений по данной категории дел в государственном судопроизводстве отсутствует, является непропорциональным

перебиранием на себя государством власти у человека и народа. А потому является неприемлемым для современного правового государства и общества. Не случайно, в большинстве развитых стран мира государство не вмешивается в юрисдикцию третейских судов и арбитражей в случае наличия права на заключение мирового соглашения по спору.

Здесь, кончено, нельзя абсолютизировать наличия права на заключение мирового соглашения по юридическому спору как критерия расширения третейской (арбитражной) юрисдикции. Однако, наличие данного права указывает на предел такой предметной компетенции, когда какое-либо дополнительное ограничение права сторон на арбитражное рассмотрение спора должно подвергаться острому и всестороннему анализу на предмет пропорциональности, разумности, угрозы публичному порядку и свободе бизнесу.

Следует отметить, что в этом контексте вопрос целесообразности юрисдикционых ограничений для международного коммерческого арбитража в лице МКАС при ТПП Украины с недавнего времени встал как никогда остро.

Этот постоянно действующий арбитражный орган, созданный в 1992 году, служит редким примером устойчивого развития и приумножения репутации отечественных институций. При том, что в стране практически не осталось государственных и общественных структур хоть с каким-то уровнем доверия со стороны отечественных и зарубежных субъектов хозяйствования. Данный феномен доверия к МКАС при ТПП Украины обусловлен многими факторами. Это и равноудаленность МКАС от политических, государственных и иных институтов, и наличие внутренних организационно-правовых преимуществ, обусловленных участием самих участников конфликтных отношений в формировании составов арбитражного суда, и относительная дешевизна производства (по сравнению, например, со Стокгольмским арбитражным институтом, Международной торговой палатой в Париже или Венским арбитражным центром), и наличие рекомендательного списка арбитров из известных специалистов и ученых, и простота, оперативность процедуры арбитражного разбирательства, наконец, стабильность и прозрачность подходов в управлении МКАС на основе невмешательства его руководства в процессы принятия арбитражных решений, четкой организации работы секретариата, созданных условий арбитрам и сторонам для слушания дел. Достаточно обратить внимание на то, что случаи оспаривания решений МКАС в национальных судах или отказа в приведении решений МКАС к исполнению являются единичными, а количество споров, рассматриваемых арбитражными составами МКАС – 300-400 дел в год – является стабильно высоким и одним из самых показательных в Европе.

При этом МКАС как третейский орган смог избежать в Украине участи внутренних третейских судов, свобода в создании которых при неэффективной правоохранительной системе и отсутствии реальных правовых сдержек привела к широким правовым злоупотреблениям в процессе рейдерских захватов собственности и банковской наживы.

Успешные результаты деятельности МКАС при ТПП Украины признаны, по сути, на государственном уровне, когда при принятии Закона Украины «О финансовой реструктуризации» создание арбитража для рассмотрения споров различного субъектного состава увязано не с Законом Украины «О третейских судах», а с Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже».

Во многом, как представляется, поднятию авторитета МКАС при ТПП Украины содействовало решение ЕСПЛ по делу Риджент Компани против Украины от 3 апреля 2008 года, которым было подтверждено отнесение МКАС к «уполномоченному суду», наделенному юрисдикционными полномочиями.

Немаловажное значение для развития международного коммерческого арбитража сыграла и отечественная судебная практика. В частности, конструктивными толкованиями отметилось постановлением Пленума Верховного Суда Украины 1999 года «О практике рассмотрения судами ходатайств о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей и об отмене решений, вынесенных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины». В конце 2015 года Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел издал информационное письмо «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений Международного коммерческого арбитражного суда Украины при Торгово-промышленной палате и о признании и исполнении решений международных и иностранных арбитражей», в котором сформулировал позиции, позволяющие говорить об Украине как о дружественной арбитражу юрисдикции.

Вышеуказанная процессуальная реформа 2017 года, прямо влияющая на юрисдикционые полномочия МКАС, вызывает обоснованные опасения специалистов ввиду весьма распространения на МКАС ограничений, касающихся внутрихозяйственных третейских судов при закреплении исключительной подведомственности дел государственным хозяйственным судам.

В частности, в положениях данной статьи, в отличие от действующего ХПК, отрицается возможность передачи в международный коммерческий арбитраж отдельных категорий споров, в частности по государственным закупкам, корпоративным спорам и некоторым другим правоотношениям.

Здесь заложены большие проблемы не только для развития международного арбитража в Украине, но и ослабление позиции отечественных экспортеров и импортеров публичного сектора экономики, иных отечественных участников ВЭД. Ведь принуждая иностранных контрагентов рассматривать споры с участием юридических лиц публичного права или иных участников внешнеэкономических отношений в малоавторитетных – посмотрим правде в глаза – отечественных судах, государство блокирует внешнеэкономическую деятельность резидентов как токовую, либо принуждает стороны выбирать в качестве арбитражной площадки Стокгольм, Лондон, Вену и т.п.

Последний вывод легко спрогнозировать ввиду того, что обжалование решения арбитража осуществляется по месту его нахождения, а потому при наличии решения иностранного коммерческого арбитража, его нельзя будет

отменить в Украине. Значит, исключительная подведомственность дел государственным судам Украины по природе не способна предупредить или ограничить рассмотрение соответствующих споров в зарубежных коммерческих арбитражах.

При такой ситуации решение иностранного арбитража нельзя будет исполнить в Украине (государственный суд откажет в приведении к исполнению в силу прямого запрета ХПК), однако его можно будет исполнить в другой стране. Таким образом, зарубежные иностранные институции «перетянут» на себя ВЭД споры украинских субъектов по делам исключительной компетенции украинских хозяйственных судов – их рассмотрение будет заблокировано лишь для МКАС при ТПП Украины. В этом случае отечественные субъекты хозяйствования окажутся в заведомо невыгодной ситуации как с точки зрения возможности заключения правомерного ВЭД контракта как такового, так и с точки зрения выбора удобной арбитражной площадки с минимальными расходами.

Принуждение в этом случае к слушанию дел в отечественных судах выглядит, по меньшей мере, некорректно, непропорционально, противоречит мировому опыту компетенции международных коммерческих арбитражей и международным обязательствам Украины. Достаточно вспомнить Европейскую конвенцию 1962 г. о международном коммерческом арбитраже, ратифицированную Украинской ССР в 1963 г. В статье II Конвенции «Возможность для публично-правовых юридических лиц обращаться к арбитражу» установлена универсальная компетенция международного арбитража на рассмотрение частно-правовых споров за исключением случаев, когда при подписании или ратификации Конвенции договаривающееся государство сделало соответствующую оговорку. Украина, при ратификации данной Конвенции никаких оговорок не сделало, что с очевидностью указывает на неправомерность самой попытки ограничить право публично-правовых юридических лиц обращаться к международному коммерческому арбитражу в силу приоритета норм международного права в Украине.

Не разумно исключать и юрисдикцию международного коммерческого арбитража в корпоративных и других спорах, по которым возможно мировое соглашение сторон. В законодательном порядке достаточно, закрепить условия, при которых арбитражное рассмотрение отдельных споров отвечает интересам публичного порядка. Например, в Германии арбитрабельность корпоративных споров требует таких условий: арбитражная оговорка включена в текст устава; каждый участник проинформирован о начале и проведении арбитражного разбирательства; все участники могут участвовать в выборе и назначении арбитров; все иски, касающиеся этого предмета спора, сконцентрированы в одном арбитражном суде.

Весьма красноречива практика расширения предметной компетенции международного коммерческого арбитража в США. Вспомнить, хотя бы, решения Верховного суда США об арбитрабельности антимонопольных споров в деле *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 473 U.S. 614 (1985);* споров и

требований, связанные с мошенничеством с ценами бумагами, и возникающие на основании Securities Exchange Act 1934 года, (*Shearson/American Express Inc. v. McMahon (1987*); требований и споров, возникающим на основании Securities Act 1933 года (*Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc. (1989*); споров, возникающие на основании Age Discrimination in Employment Act (ADEA) в деле *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp*. (1991); споров из коносамента (VIMAR SEGUROS Y REASEGUROS, S. A., PETITIONER v. M/V SKY REEFER, HER ENGINES, etc., et al. (94-623), 515 U.S. 528 (1995) и другие как отход от доктрины "American Safety".

Жесткие запреты в компетенции МКАС будут лишь выталкивать арбитраж за пределы Украины.

Нужно не забывать, что в отличие от внутренних третейских судов международный коммерческий арбитраж является инструментом международных экономических отношений, где односторонние действия государств весьма ограничены, а потому неумелое вмешательство отдельного из них в эти процессы способно лишь навредить и имиджу страны, и собственным хозяйствующим субъектам.

Вот почему при совершенствовании ХПК и ГПК Украины в тексте кодексов следует отказаться от ограничения компетенции международного коммерческого арбитража, отнеся решение этого вопроса к регулированию специального Закона «О международном коммерческом арбитраже» и соответствующих международных договоров Украины.

К вопросу о юрисдикции международного коммерческого арбитража вплотную прилегает проблема процессуальных последствий обращения в международный коммерческий арбитраж или другой третейский орган с точки зрения государственного судопроизводства.

Данная проблема достигла уровня Конституционного суда Украины. В частности, речь идет о конституционном обращении ООО «Торговый дом «Арматура Украины» относительно официального толкования положения пункта 5 части первой статьи 80 Хозяйственного процессуального кодекса Украины (далее – ХПК Украина). Хотя производство по данному делу было прекращено Конституционным судом Украины в 2016 году в связи с изменениями в полномочиях данного органа Законом от 02.06.2016 №1401-VIII, проблема правовых последствий обращения в государственный суд при наличии арбитражного соглашения, не перестала быть актуальной.

Речь идет о том, что в соответствии с положениями пункта 5 части первой статьи 80 ХПК Украины «хозяйственный суд прекращает производство по делу, если «стороны заключили соглашение о передаче данного спора на разрешение третейского суда ».

Субъект конституционного представления в соответствии со статьей 124 Конституции Украины считал, что в силу прекращения производства по делу по указанному основанию «невозможность судебного рассмотрения дела против воли лица, обратившегося в хозяйственный суд за защитой своих прав и законных интересов, является лишением его права на обращение в суд», а «наличие в

договоре третейской оговорки не может ограничивать право лица на обращение за разрешением спора в суды, входящие в систему судов общей юрисдикции».

С таким толкованием Конституции Украины и положений Хозяйственного процессуального кодекса согласиться нельзя по следующим основаниям.

Во-первых, нельзя отождествлять правоотношения, подпадающих под юрисдикцию судов общей юрисдикции, и процессуальную форму обращения субъекта, считающего, что его права и интересы нарушены другим лицом.

Положениями ранее действовавшей редакции статьи 124 Конституции Украины было установлено, что юрисдикция судов распространяется на все правоотношения, возникающие в государстве (часть вторая), и судопроизводство осуществляется Конституционным Судом Украины и судами общей юрисдикции (часть третья). Актуальная редакция данной статьи указывает на то, что «юрисдикция судов распространяется на любой юридический спор и любое уголовное обвинение. В предусмотренных законом случаях суды рассматривают и другие дела». В данном случае положение о делении судопроизводства на конституционную и общую юрисдикцию вообще исключено.

То есть соответствующие положения не регламентировали и не регламентируют процессуальную форму обращения и процедуру рассмотрения споров и иных дел в государственных судах.

Часть первая статьи 55 Конституции Украины содержит общую норму, которая означает право каждого обратиться в суд, если его права или свободы нарушены или нарушаются, созданы или создаются препятствия для их реализации или имеют место другие ущемления прав и свобод.

В этом контексте арбитражное (третейское) соглашение необходимо рассматривать как соглашение сторон, направленное на установление по волеизъявлению сторон спора обязательной альтернативной формы разрешения спора. При наличии такого соглашения вывод о нарушении прав и свобод человека может быть сделан только по результатам рассмотрения спора в соответствующем юрисдикцией органе.

Не случайно, в решении Конституционный суд Украины в деле по конституционному обращению Общества с ограниченной ответственностью «Торговый Дом» Кампус Коттонклаб «относительно официального толкования положения части второй статьи 124 Конституции Украины (дело о досудебном урегулировании споров)» от 9 июля 2002 указано, что установление законом или договором досудебного урегулирования спора по волеизъявлению субъектов правоотношений не является ограничением юрисдикции судов и права на судебную защиту.

Положение ст. 80 ХПК и Закона Украины «О третейских судах» не свидетельствуют о том, что благодаря положениям ХПК спорные правоотношения, отнесенные к юрисдикции арбитража (третейского суда), выведены за пределы юрисдикции государственных судов.

Как указывалось ранее, решение арбитража (третейского суда) может быть отменено и вступить в принудительную силу в случаях, установленных процессуальным законом.

Из содержания решения Конституционного суда (от 10.01.2008 №1-рп/2008 (дело о задачах третейского суда), которым установлено, что «третейские суды не осуществляют правосудие, их решения не являются актами правосудия, а сами они не входят в систему судов общей юрисдикции», одновременно следует, что правоотношения, которые являются предметом рассмотрения в третейских судах, не выводимые за пределы юрисдикции судов общей юрисдикции. В частности, Конституционный суд отметил, что «согласно Закону третейские суды принимают решения только от своего имени (статья 46), а сами эти решения, принятые в рамках действующего законодательства, являются обязательными только для сторон споров. Обеспечение принудительного исполнения решений третейских судов находится за пределами третейского рассмотрения и является задачей компетентных судов и государственной исполнительной службы (статья 57 Закона, пункт 1 части второй статьи 3 Закона Украины «Об исполнительном производстве»)».

Законодатель в этом случае регламентирует порядок обжалования и приведении в исполнение решений третейских судов, но не вмешивается в компетенцию сторон имущественных отношений по взаимной договоренности определять третейский орган для решения собственных споров.

Основания отмены решения третейского суда и отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда устанавливаются законом, а потому не могут быть ограниченными третейским соглашением или решением третейского суда.

В этом контексте законодательство о международном коммерческом арбитраже, как и о внутригосударственных третейских судах, и положения части первой статьи 80 ХПК не отрицают выполнения государственными судами функций правосудия. Ведь суд общей юрисдикции в данном случае сохраняет контроль над всеми формами юрисдикционной деятельности, в том числе и над третейским производством. При этом, юрисдикционные функции по рассмотрению хозяйственных дел несудебными органами, составляют самостоятельную общественную процессуальную форму защиты субъективных прав и интересов различных лиц.

Судебный контроль за соответствующими отношениями осуществляется в порядке, определенном законом, что полной мерой подтверждает соответствие пункта 5 части первой статьи 80 ХПК Украины Конституционным гарантиям прав и свобод личности.

Для сравнения, в США данная позиция получила название “second look doctrine” и весьма успешно применяется.

Возможность одновременного или разведенного во времени рассмотрения одного и того же правового спора в арбитраже (третейском органе) и в судах общей юрисдикции может привести к нарушению принципов верховенства права, одним из элементов которого является принцип правовой определенности.

Ведь применив прием логического толкования «argumentum a contario» можно заметить, что отрицание права хозяйственных судов прекращать производство по делу привело бы к тому, что истец в споре, отнесенного к юрисдикции международного коммерческого арбитража или третейского суда, получил бы право

рассмотрения соответствующего требования в хозяйственном суде. Или напротив – ответчик с целью подачи встречного иска получил бы право обратиться в хозяйственный суд, минуя предписание процессуального закона о рассмотрении дела в третейских судах. Это привело бы к одновременному рассмотрению одного и того же спора в третейских судах и в судах общей юрисдикции, создало бы коллизию между решениями этих органов. Последнее означало бы разрушение системы арбитражного (третейского) рассмотрения споров как такового в связи с возникающей неопределенностью по поводу юридической силы решения третейского суд в и обязательности третейского соглашения для сторон.

Более того, неприменимость положений п. 5 ч. 1 статьи 80 ХПК Украины означало бы возникновение – вопреки принципу равенства сторон перед законом – права одной из сторон третейского соглашения (истца) в одностороннем порядке определять третейский или судебный орган для разрешения спора, чему бы не корреспондировало бы право другой стороны, подписавшей третейское соглашение, требовать исполнения обязательства по передаче спора и решения третейского суда с целью независимого от государства альтернативного разрешения правового конфликта.

Принцип диспозитивности в гражданском и хозяйственном процессах гарантирует сторонам спора возможность по своему усмотрению инициировать его судебное рассмотрение и свободно пользоваться своими процессуальными правами. Значительная часть процедур в хозяйственном процессе урегулирована с помощью уполномочивающих норм (в частности это касается заключения мирового соглашения.). В ряде случаев законодательство предоставляет участникам процесса право выбора альтернативного поведения, что проявляется в возможности прекратить процесс путем отказа от иска, признание иска полностью или частично или осуществления разрешения спора в другом формате – в арбитраже и третейском суде. Такое правовое регулирование поведения участников процесса является гарантией разнообразия форм защиты и инициативности участников имущественных отношений, в том числе и по выбору формы разрешения спора в процессе рыночного саморегулирования этих отношений.

Толкование необязательности третейских процедур, установленных по волеизъявлению субъектов хозяйствования в третейском (арбитражном) соглашении, означало бы государственное вмешательство в сферу саморегулирования хозяйственным их отношений вне потребностей правового хозяйственного порядка и выход за рамки ограничений такого вмешательства, определенных в Конституции и законах Украины.

Процессуальные механизмы прекращении рассмотрения дела в связи с наличием третейским соглашением является основной гарантией функционирования третейских судов, соответствует общеевропейской традиции уважения государств к альтернативным, внегосударственных форм юрисдикционной деятельности, признании третейских решений, в том числе выданных за пределами страны, в частности, международного коммерческого арбитража.

Речь идет о том, что Конвенция ООН 1958 года о признании и исполнении иностранных арбитражных решений содержит обязательства Украины относительно признания и приведения в исполнение решений международных арбитражных органов.

Отсутствие ограничительных процедур в процессуальных кодексах по делам, отнесенным к юрисдикции международного коммерческого арбитража, существенно усложнило бы международно-правовые споры, местом рассмотрения которых является Украина. Ведь это, во-первых, подорвало бы доверие к отечественной экономики в связи с неопределенностью порядка арбитражного (третейского) рассмотрения на территории государства, во-вторых, сделало бы решения хозяйственных судов по соответствующим делам невыполнимыми в других странах в связи с очевидным нарушением арбитражной юрисдикции.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 году в статье VI предусматривает институт отвода государственного суда по неподсудности, основанный на наличии арбитражного соглашения, что имеет значение независимо от того, является ли этот вопрос процессуального или материального права. Фактически процедура прекращения производства по делу в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 80 ХПК аналогична по содержанию и направленности соответствующим положениям Европейской конвенции.

С соответствии с Арбитражным Регламентом ЮНСИТРАЛ, рекомендованным Генеральной Ассамблеей ООН в ее резолюции 31/98 от 15 декабря 1976 года указывается «если стороны в договоре согласились в письменной форме о том, что споры, связанные с настоящим договором, будут передаваться на рассмотрение в арбитраж согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, такие споры подлежат разрешению в соответствии с настоящим регламентом с такими изменениями, о которых стороны могут договориться в письменной форме». Таким образом, достаточно полно закреплена юрисдикция арбитража рассматривать международные коммерческие споры на основании арбитражного соглашения.

В связи с евроинтеграционными процессами должно быть также учтено, что своей Директивой №93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 года о несправедливых условиях в потребительских договорах Совет Европейского Союза указал на исключительность обстоятельств, когда отношения с участием потребителей (а не хозяйственные отношения) могут быть выведены за пределы подведомственности арбитража как негосударственного юрисдикционного органа (пункт (г) Приложения).

Отрицание обязанности суда прекратить производство по делу в связи с отнесением дела к юрисдикции арбитража, означало бы превращение Украины в «недружественную к арбитражу страну», что ухудшило бы ее инвестиционную привлекательность. Ведь неопределенность в компетенции арбитража и других третейских органов по решению хозяйственных споров нарушило бы обычаи делового оборота и разрушило бы представление инвесторов об Украине как о государстве, где можно вести бизнес на общепринятых условиях.

ФОРМИРОВАНИЕ ДОКТРИНЫ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ В УКРАИНСКОМ ПРАВЕ

Юрий Притыка [380]

Международный коммерческий арбитраж становится все более востребованным способом разрешения международных коммерческих споров и приобретает все большей популярности в Украине. Так, на официальном сайте Международного коммерческого арбитражного Украины указывается, что к производству за период с 1 января по 31 декабря 2015 года было принято 922 дела, а с 1 января по 31 декабря 2016 года – 553 дела [1]. Развитию этого института, помимо обширной практики, способствуют проводимые многими ученными научные исследования, направленные на теоретическое осмысление проблемных вопросов деятельности международного коммерческого арбитража и анализ источников его регулирования. Среди источников важное место занимает доктрина, которая широко используется в судебной и арбитражной практике.

Проблема арбитрабильности в последнее занимает одно из главных мест в доктрине международного коммерческого арбитража, что, в частности, объясняется процессом реформирования украинского процессуального и арбитражного законодательства. Тенденция повышенного интереса к вопросам арбитрабильности просматривается и в зарубежной литературе. В частности, Л. Мистелис указывает, что арбитрабильность является многогранной и многоцелевой концепцией, динамику которой, несмотря на ее национальное происхождение, определяет международное право. Она определяет категории споров, которые могут быть перемещены из сферы, связанной с арбитражем, и помещены в область исключительной юрисдикции, установленную для национальных судов [2, с. 7].

В отличие от европейской и американской доктрины арбитрабильности, украинская доктрина находится на этапе ее активного формирования, о чем свидетельствуют появившиеся в последнее время работы ученных, посвященные вопросам понятия арбитрабильности, способам и критериям определения границ арбитрабильности и т.д.

Возвращаясь непосредственно к проблеме доктрины арбитрабильности, прежде всего, нужно установить этимологию слова «доктрина» и определить, что собой представляет данное явление. Философские энциклопедические словари определяют, что доктрина (лат. Doctrina, от docere учить) – это систематизированное политическое, идеологическое или философское учение, концепция, совокупность принципов. В отличие от почти синонимических понятий «учение», «концепция», «теория» часто употребляется при обозначении взглядов с оттенком схоластичности и догматизма [3, с. 131].

---

[380] **Юрий Дмитриевич Притыка** – Доктор юридических наук, проф., профессор кафедры правосудия юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, арбитр МКАС при ТПП Украины

По мнению И. Семенихина правовая доктрина – это обусловленная характером политико-правовой культуры общества система идей и научных взглядов на право, актуальные направления развития правовой системы, признающиеся юридическим сообществом, и являющиеся концептуальным основанием нормотворческой, правоприменительной и правотолковательной деятельности [4, с. 3]. С данной точкой зрения не согласна Е. Евграфова указывая, что «во-первых, в общем смысле этого понятия более точным, является термин «научно-правовая доктрина», поскольку позволяет четко выделить ее среди государственных актов-доктрин (например «Военная доктрина Украины»). *Во-вторых,* научно-правовая доктрина не обязательно обусловлена «характером политико-правовой культуры общества», а является автономным, самодостаточным явлением, действие и влияние которого не ограничены временем и границами национальных государств. Такими являются существующие с давних времен доктрины естественного права, народного суверенитета, общественного договора, теологические учения о государстве и праве. *В-третьих,* не обязательно научно-правовая доктрина должна быть признана «юридическим сообществом», ведь, как свидетельствует история юридической науки, такое сообщество не всегда занимала объективные позиции по вопросам права и государства» [5, с. 54]. Наиболее емким представляется определение, предложенное А. Васильевым, указывающим, что правовая доктрина это совокупность знаний, теорий, идей, понятий, суждений о праве, правовые явления [6, с. 10].

На наш взгляд, понятие доктрины арбитрабильности можно сформулировать как совокупность знаний, научных теорий, концепций, подходов к пониманию понятия арбитрабильности и составляющих ее частей.

Как уже указывалось раннее понятие «арбитрабильность» является достаточно новым для украинской юридической науки, однако оно хорошо разработано в иностранной правовой доктрине. За рубежом теория арбитрабильности детализирована и включает множество аспектов. Арбитрабильность в международной доктрине и практике толкуется в широком и узком смыслах. Арбитрабильность в широком смысле охватывает вопросы, связанные с существованием и действительностью арбитражного соглашения. В узком смысле арбитрабильность определяет категории споров, которые могут быть переданы на рассмотрение международного коммерческого арбитража [7, с. 132].

Понятие «арбитрабильности», то оно не содержится ни в законодательстве Украины и не используется в судебной практике, однако часто упоминается в научных источниках. Так, например, Г. Кравчук указывает, что понятием «арбитрабильность» определяется круг споров, которые могут быть предметом арбитражного разбирательства [8, с 15]. При этом арбитрабильность рассматривается как видовое понятие по отношению к институту подведомственности.

Другие же ученые, исследуя правовую природу арбитрабильности обращают внимание на иную составляющую этого явления, указывая, что арбитрабильность является одной из составных частей условий действительности арбитражного соглашения [9, с. 321].

Касательно первого подхода в определении арбитрабильности, то М. Купцова считает, что с одной стороны, поскольку третейские суды, и в частности международный коммерческий арбитраж, входят в юрисдикционную систему Украины как органы защиты гражданских прав, институт подведомственности определяет и фиксирует компетенцию третейских судов так же, как и судов государственных. В этом смысле арбитрабильность является более узким понятием, чем подведомственность, правовым механизмом, который не конкурирует со своим родовым институтом и является лишь одним из элементов института подведомственности, что обеспечивает распределение дел между различными юрисдикционными звеньями (в нашем случае относит, при наличии определенных условий, некоторые категории споров к подведомственности третейских судов). Однако с другой стороны предлагается рассматривать понятие «арбитрабильность – подведомственность» не как «общее – частное», а как взаимодействие родственных понятий, которые, однако, отделены друг от друга, ведь международный коммерческий арбитраж является негосударственным явлением, подчиняющееся государственному праву лишь в отдельных случаях и, по сути, не является институтом процессуального права [10 с. 41]. Как ми видим, автор фактически отождествляет понятия «подведомственность – арбитрабильность», однако определяет, что эти понятия применяются в различных плоскостях, подведомственность – при характеристике круга споров, которые рассматриваются государственными судами, как органами юрисдикционными, а арбитрабильность – при характеристике споров, рассматриваемых международным коммерческим арбитражем.

В свою очередь, Т. Слипачук определяет, что «в отношении третейских судов институт подведомственности не является применимым в своей классической форме, поскольку одной из основных его характеристик становится такая специфическая черта, как «допустимость» договорной передачи спора конкретном третейскому суду. При этом, поскольку в Украине законодательно разделена компетенция международного арбитража и внутренних третейских судов, на рассмотрение которых споры с иностранным элементом не могут быть переданы, возникает довольно сложная система, в отношении которой такие классические институты процессуального права, как подведомственность, требуют существенной адаптации при их применении» [11, с. 107].

Что касается второго подхода, согласно которому арбитрабильность относят к одной из составных частей условий действительности арбитражного соглашения, то В. Ануров считает, что такой подход не соответствует юридической природе правоотношений, складывающихся между сторонами третейского соглашения и третейским судьей по поводу определения арбитрабильности спора. По мнению ученого, под термином «действительность» понимается свойство материально-правовых отношений сторон на предмет их соответствия применимому праву. Определение третейским судом арбитрабильности спора не имеет характера действия стороны, которое осуществляется в рамках материально-правовой сделки, поэтому арбитрабильность спора не может рассматриваться как один из

элементов действительности третейского соглашения. От воли сторон, а тем более от воли третейского судьи, не зависит наделение спора указанным свойством [12, с. 46]. Представители данного подхода отнесли арбитрабильность к такому условию, как допустимость арбитражного соглашения. Под допустимостью арбитражного соглашения подразумевают соответствие спора, который передан сторонами арбитражного соглашения на разрешение его арбитражным судом, категории споров, которые могут быть предметом арбитражного разбирательства на основании арбитражного соглашения и права, которое применяется в процессе такого рассмотрения. Сформулированная таким образом дефиниция охватывает два других понятия: установление сферы действия третейского соглашения (объем арбитражного соглашения) и непосредственно арбитрабильность. Арбитрабильность в данном случае – это соответствие спора, который передан сторонами арбитражного соглашения на разрешение арбитражного суда, категории споров, которые могут быть предметом арбитражного разбирательства согласно национальному законодательству (страны места арбитражного разбирательства, страны места выполнения) [13, с. 321-322].

Исследуя составные части арбитрабильности, необходимо отметить, что в доктрине арбитража существуют две группы проблем, связанных с видами (элементами) арбитрабильности. Первая касается допустимости участия некоторых субъектов в арбитраже (субъективная арбитрабильность). Вторая группа проблем связана с характером дела (объектом спора), в отношении которого ставиться вопрос о том, компетентен ли арбитраж рассматривать такой спор (объективная арбитрабильность). Таким образом, объективная арбитрабильность (rationemateriae – основана на объекте) определяет круг споров, способных быть предметом арбитражного разбирательства, и субъективная арбитрабильность (rationepersonae – основана на личности) определяет способность некоторых субъектов заключать арбитражное соглашение и быть субъектами процесса в международном коммерческом арбитраже.

В немецком и австрийском праве под объективной арбитрабильностью понимается возможность заключения арбитражного соглашения относительно предмета спора; субъективная же арбитрабильность понимается как способность стороны к заключению арбитражного соглашения (что рассматривается в целом как аналог соответствующей процессуальной дееспособности) [14, с. 383].

А. Трунк, говоря об объективной арбитрабильности, указывающей на то, какие виды споров могут быть предметом третейского соглашения, говорит о том, что речь идет о характере материальных правоотношений, передаваемых на разрешение третейского суда [15, с. 128].

В законодательстве разных стран используют два метода закрепления правил арбитрабильности споров, в связи с чем в доктрине выделяют два способа определения арбитрабильности: позитивный и негативный. Распространенным способом установления арбитрабильности является определение правоотношений, которые могут быть предметом третейского (арбитражного) разбирательства.

Основной задачей становится выявление характерных свойств, присущих предмету разбирательства, в связи, с чем этот способ называют позитивным. Акцент делается на принадлежность правоотношений к определенной отрасли права или на квалифицирующие признаки отношений. Так, например, российское право указывает на гражданско-правовой характер отношений как на необходимую предпосылку для обращения сторон к третейскому разбирательству. В праве других стран ориентиром выступают законодательно закрепленные признаки правоотношений: экономический интерес в Германии, имущественный и денежный характер требований в Швейцарии [16, с. 21]. Данный способ справедливо критикуется, поскольку слишком широко определяет круг споров, и соответственно, в таком случае, в международный коммерческий арбитраж могут передаваться неарбитрабельные споры. Поэтому, как отмечает Г. Севастьянов, в праве применяется и другой способ определения арбитрабильности, который состоит в определении конкретных видов правоотношений, которые в случае возникновения спора не могут быть переданы на разрешения арбитража (негативный способ). Такое определение может проводиться либо путем прямого перечня определенных правоотношений, либо путем ссылки на нормативные акты, где этот перечень содержится. Прямое перечисление споров встречается в итальянском праве: дела о личном статусе физических лиц и семейно-брачные дела; в китайском праве, предусмотрен более широкий перечень: семейные дела, наследственные, административные споры, дела об опеке, усыновлении [17, с. 68]. Вместе с тем, способ также имеет свои недостатки, поскольку невозможно на законодательном уровне определить все категории споров, что являются неарбитрабельными. В украинском законодательстве в отношении арбитрабильности международного коммерческого арбитража используется первый способ определения круга дел, подпадающих под юрисдикцию арбитража с применением критерия гражданско-правовые споры с иностранным элементом.

Возвращаясь к вопросу о составляющих элементах (видах) арбитрабильности, стоит отметить, что понимание объективной арбитрабильности и критериев ее определения на уровне международно-правовых актов не сложилось, поэтому на национальном уровне оно по-разному определяется в каждом государстве. В этом плане важное место занимает арбитражная доктрина, которая пытается определить критерии, условия, методы, согласно с которыми решается, является ли определенный спор арбитрабильным или нет. Так, А. Минина указывает, что в государствах, которым присуща частно-правовая концепция арбитража – Бельгии, Нидерландах, Франции, Испании, странах Африки, Латинской Америки, Среднего Востока, Индонезии, воспринявшие Типовой закон ЮНСИТРАЛ, – арбитрабильность и неарбитрабельность определенных категорий споров установлена на законодательном уровне. За основу принят критерий свободного распоряжения правами. Если общественный (государственный) интерес в спорных отношениях достаточно сильный (отношения регулируются сверхимперативными нормами) – спор не подлежит рассмотрению в международном коммерческом арбитраже.

Если же такие отношения не возникают, то стороны вправе обратиться в международный коммерческий арбитраж. В странах «общего права» – Англии, США, некоторых странах Азии и Африки, – объём дел, которые допускаются к рассмотрению в международном коммерческом арбитраже, определяется прецедентным правом, посредством, которого установлены исключения из арбитрабильности споров. Как правило, они устанавливаются в тех сферах, которые традиционно находятся в исключительной компетенции государственных судов. Споры, имеют так называемый существенный публичный интерес, признаются неарбитрабельными [18, с. 19-20].

Интересен тот факт, что в странах «общего права» арбитрабильность споров часто расширяется с возникновением нового прецедента. Так, например, в США после вынесения решения Верховным судом по делу *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* о передаче на рассмотрение Японской коммерческой арбитражной ассоциации споров, включая встречные антимонопольные требования, изменилась арбитражная практика. Суд первой инстанции признал данный спор арбитрабильным, а Окружной апелляционный суд – нет, в связи с большим публичным интересом. В свою очередь Верховный суд США оставил в силе решение суда первой инстанции и отметил, что распространение американского бизнеса вряд ли будет успешным, если, несмотря на контракты, суды будут настаивать на рассмотрение всех споров с участием американских бизнесменов только в США и только с применением соответствующего «домашнего» права» [19]. Через два года после принятия данного решения Верховный суд США объявил, что споры и требования, связанные с мошенничеством с ценными бумагами также являются арбитрабильными по делу *Shearson / American Express Inc. v. McMahon* [20].

То есть, как мы видим, судебная практика США в арбитрабильности споров относится динамически, то есть, в процессе эволюции общественных отношений и развития бизнеса определенные категории споров могут признаваться арбитрабильными.

Некоторые государства определяют критерии, при которых спор может быть арбитрабильным. Среди таких условий можно назвать: возможность денежной оценки спора, наличие так называемого денежного или коммерческого интереса (Швейцария, Германия, Греция и другие); отсутствие связи спора с личными и семейными или наследственными отношениями (Италия, Китай, Тайвань, Франция, Латвия и другие); отсутствие связи спора с коррупцией или «обманом» (Гонконг, США и другие) [21, с. 20].

Другим видом арбитрабильности является, так называемая, субъективная арбитрабильность, под которой подразумевается способность лица быть субъектом третейского соглашения, то есть иметь право заключать соглашение о передаче частно-правового спора на рассмотрение арбитража. Основой субъективной арбитрабильности является общая правосубъектность лица, которая, в свою очередь, предусматривает материальную правосубъектность (то есть возможность и способность осуществлять гражданско-правовые сделки,

а также деликтоспособность лица) и процессуальную правосубъектность (то есть возможность и способность своими действиями защищать свои материальные права в процессуальном режиме) [22, с. 38].

В то же время для возникновения субъективной арбитрабильности недостаточно правоспособности заинтересованного лица. В том случае, если речь идет о физическом лице, необходимо, чтобы такое лицо было еще и дееспособным [23, с. 5].

В данном контексте возникает острый вопрос, о том может ли государство, орган государственной власти или местного самоуправления заключать арбитражное соглашение и быть стороной в арбитражном разбирательстве. Стоит отметить, что согласно ст. 2 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года, которая также ратифицирована Украиной, определяется, что юридические лица, в соответствии с национальным законодательством рассматриваются как «юридические лица публичного права», и имеют право заключать арбитражные соглашения. Однако каждое государство может ввести ограничения данной возможности. В Латвии, например, международным коммерческим арбитражем не могут рассматриваться дела по спорам, в которых в качестве стороны выступает орган государственной или муниципальной администрации [24, с. 159].

Что касается французской доктрины и практики по субъективной арбитрабильности, то сначала субъективная арбитрабильность государства и юридических лиц публичного права определялась французскими судами на основе применимых коллизионных норм, определяющих правоспособность вовлеченных в спор лиц. От этого метода отказались с принятием Кассационным судом Франции постановления от 02.05.1966 г. по делу Галакис. Субъективная арбитрабильность стала определяться на основе разработанных французскими судами материальных норм. Также с вынесенным постановлением от 24.02.1994 г. апелляционным судом Парижа по делу Бек Фрер, изменился общий подход французских судов к решению вопроса о возможности государства и юридических лиц публичного права заключать арбитражные соглашения [25, с. 1244]. В Российской Федерации наличие возможности рассматривать споры, в которых участвуют лица публичного права, в международном коммерческом арбитраже подтверждается практически в решениях МКАС при ТПП РФ, неоднократно заявлявшего о наличии своей компетенции по таким спорам. А отказ в рассмотрении дел с такими субъектами обосновывался отсутствием компетенции с ссылкой на недостатки арбитражной оговорки, и к статусу сторон это никак не относилось [25, с. 1242].

Еще одним дискуссионным аспектом субъективной арбитрабильности является возможность замены сторон в арбитражном соглашении, то есть распространяются ли требования данного соглашения на правопреемников сторон. По данному вопросу также неоднозначной является доктрина в разных странах. С. Лебедев указывает на необходимость распространения на правопреемников условий арбитражной оговорки [26, с. 76]. Против перехода прав по

арбитражной оговорке выступает В. Белов, указывая, что арбитражная оговорка не может быть признана обязательным для правопреемников, так как она в собственном смысле является не правом, а способом защиты в случае его нарушения [27, с. 250]. Ученые других стран также не пришли к единому выводу по данному вопросу. Например, в некоторых исследованиях ученых демонстрируется конфликт точек зрения западных юристов по поводу материальных и процессуальных последствий уступки прав по арбитражным соглашениям [25, с. 1243].

Кроме того, развитие международного коммерческого арбитража поставило на повестку дня вопрос о распространении арбитражного соглашения на лиц, которые не являются его сторонами. В доктрине выделяется целая группа правовых оснований для признания того, что не подписавшие арбитражное соглашение лица становятся связанными его условиями и участвуют в арбитражном разбирательстве. К числу таких оснований относятся: агентские соглашения, молчаливое согласие, и «снятие корпоративной вуали», доктрина «группы компаний», предоставление права третьему лицу – бенефициару, правопреемство, цессия, суброгация, гарантия, эстопель и связанные с ним доктрины, последующее одобрение, акционерные отношения, деривати, базовым активом по которому являются ценные бумаги [28, с. 1142–1205].

Доктрина арбитрабильности включает еще один аспект, касающийся возможности международного коммерческого арбитража, опираясь на заключенное правосубъектными лицами арбитражное соглашение, решить вопрос о собственной компетенции. Поскольку в ходе решения этого вопроса исследуется не только объективная характеристика спора, но и рассматривается субъективный фактор (волеизъявления заинтересованных лиц передать дело на рассмотрение арбитражного суда), то в этом смысле доктрина арбитрабильности оказывается связанной с другой концепцией арбитражного разбирательства – теорией «компетенции компетенции» [29, с. 103].

Итак, как мы видим, доктрина исходит из того, что арбитрабильность включает в себя две составляющие: объективную арбитрабильность (предметная подведомственность дел международному коммерческому арбитражу) и субъективная арбитрабильность (правосубъектность сторон при заключении арбитражного соглашения). Последняя же составляющая затрагивает вопросы действительности самого арбитражного соглашения, а также тесно связана с принципом «компетенции компетенции» международного коммерческого арбитража.

В последнее время украинская юридическая наука переживает всплеск исследований в сфере международного коммерческого арбитража в целом, и арбитрабильности, в частности, что связано, среди прочего, реформированием процессуального законодательства Украины.

Анализ международной доктрины арбитрабильности и иностранного арбитражного законодательства свидетельствуют о стойкой тенденции к расширению круга арбитрабильных споров. В связи с этим, необходимо предостеречь нашего законодателя от попыток отойти от мировой тенденции и необоснованно

ограничить возможности международного коммерческого арбитража рассматривать корпоративные споры, споры с участием юридических лиц публичного права или с существенной государственной долей в капитале.

Литература

1. Офіційний сайт Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. Про МКАС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/report.html (дата звернення: 28.07.2017). – Назва з екрана.
2. *Mistelis L.* Arbitrability – International and Corporative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue? // Arbitrability: International & Corporative Perspectives / Ed. by L. Mistelis, S. Brekoulakis. Alphen aan den Rijn, 2009.P. 7.
3. Философский энциклопедический словарь / Гл. ред. Л.Ф. Ильичев и др. – Москва : Советскаяэнциклопедия, 1983. – 840с.
4. *Семеніхін І. В.* Правова доктрина в системі юридичної науки та практики : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / І. В. Семеніхін. – Х., 2012. – 20 с.
5. *Євграфова Є.* Доктрина у правовій науці і юридичній практиці / Є. Євграфова // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – №2. – С. 52-62.
6. *Васильев А.А.* Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории / А.А. Васильев. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 268 с.
7. Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration.1999. P. 132.
8. *Кравчук Г.А.* Арбитрабильность споров в контексте статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины // Материалы 2 Международних арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. Сборник докладов. МКАС при ТПП Украины. – Киев, 2015. – с. 15-21.
9. Міжнародне приватне право: підручник / [А.С. Довгерт, В.І. Кисіль, О.М. Бірюков та ін.]; за ред. проф. А.С. Довгерта, проф. В.І. Кисіля; М-во освіти і науки України, Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, Ін-т міжнар. відносин. – 2-ге вид. – Київ : Правова єдність, 2014. – 656 с.
10. *Купцова М.В.* Арбітрабельність спорів у міжнародному комерційному арбітражі // Адвокат : загальнодержавний професійний журнал / Спілка адвокатів України; Акад. адвокатури України; Укрінюрколегія. – Київ, 2012. – №5 (140). – С. 41-45.
11. *Слипачук Т.В.* Арбитрабельность международных коммерческих споров в Украине // Вестник Международного коммерческого арбитража. – 2010. –№ 1. – С. 105-122.
12. *Ануров В.Н.* Допустимость третейского соглашения // Третейский суд. 2005. №3. С. 46.
13. Міжнародне приватне право: підручник / [А.С. Довгерт, В.І. Кисіль, О.М. Бірюков та ін.]; за ред. проф. А.С. Довгерта, проф. В.І. Кисіля; М-во освіти і науки України, Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, Ін-т міжнар. відносин. – 2-ге вид. – Київ: Правова єдність, 2014. – 656 с.
14. *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 704 с.
15. *Трунк А.* Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву/А. Трунк//Международный коммерческий арбитраж, 2005. – №4. – с. 127-130.

16. *Ротко С.В.* Теоретические и практические вопросы арбитрабельности споров третейским судам // Администратор суда. 2014. – №3. – С.19 – 26.
17. *Севастьянов Г.В.* Подведомственность третейскому суду споров о недвижимом имуществе: современное состояние проблемы // Закон. 2008. №1. С. 58 – 74.
18. *Минина А.И.* Понятие и виды арбитрабильности в теории и практике международного коммерческого арбитража: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право/А. И. Минина; науч. рук. В. А. Канашевский. – М., 2013. – 28 с.
19. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) No. 83-1569/Електронний ресурс. – Режим доступу: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html
20. Shearson/American Express v. McMahon, 482 U.S. 220 (1987) No. 86-44/ Електронний ресурс. – Режим доступу: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/220/
21. *Минина А.И.* Понятие и виды арбитрабильности в теории и практике международного коммерческого арбитража: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право/А. И. Минина; науч. рук. В. А. Канашевский. – М., 2013. – 28 с.
22. *Ерпылева Н.Ю.* Международный коммерческий арбитраж: правовые основы функционирования // NB: Международное право. 2013. №1. С. 1–74.
23. *Скворцов О.Ю.* К вопросу об арбитрабельности международных коммерческих споров // Журнал международного частного права. – 2008. – №3. – с. 5-6.
24. *Бейкер і Макензі:* Міжнародний комерційний арбітраж: держави Центральної і Східної Європи і СНД: Навчально-практичний посібник/Відп. ред.: Анджей Тынель, Володимир Хвалей. М.: БЕК, – 2001. – 503 с.
25. *Минина А.И.* Понятие и содержание субъективной арбитрабильности // Актуальные проблемы российского права. – 2014. – №6. – С. 1240–1247.
26. *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988. – 122 с.
27. *Белов В.А.* Сингулярное правопреемство в обязательстве: опыт исторического исследования, теоретической и дипломатической конструкции и обобщения российской судебной практики. 3-е изд. М., 2002. – 265 с.
28. *Born G.* International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn. 2009. P. 1142–1205.
29. *Курочкин С.А.* Современная доктрина международного коммерческого арбитража: тенденции развития // Третейский суд. – 2015. – №4 (100). – С. 96–108.

ПЕРЕКРЕСТНЫЙ ОПРОС СВИДЕТЕЛЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ: КАК К НЕМУ ГОТОВИТЬСЯ И КАК ПРОВОДИТЬ

Татьяна Слипачук[381]

Одной из необычных и профессионально привлекательных особенностей международного арбитража является использование в процессе доказывания перекрестного опроса свидетелей и экспертов. Особенную остроту перекрестный опрос приобретает при проведении арбитража в странах общей системы права, когда и сам процесс, и профессиональные навыки адвокатов позволяют построить на нем состязательную игру и доказательственную базу. Например, арбитражное разбирательство в Лондоне по правилам Арбитражного регламента ЛМАС. Учитывая, что названная комбинация характерна еще и для посткорпоративных споров, что часто предопределяет непосредственное участие в арбитражном слушании конечных бенефициаров (среди которых есть совсем уж известные люди, многие из которых практически никогда не преставали перед судом в принципе), свидетельские показания которых порой составляют суть оспариваемых в арбитраже договоренностей, то опрос таких свидетелей имеет часто решающее значение для исхода дела. Несколько двойственная природа перекрестного опроса свидетеля (появление такого опроса в рамках процессуального соглашения сторон как права и обязанности стороны) привело к тому, что свидетельские показания (как вид доказательств), если не оспорены и не дискредитированы в ходе перекрестного опроса, как правило, принимаются арбитрами за истину. Особенно, если арбитры являются юристами общей системы права.

Международный арбитраж в отличие от национальных судебных процессов изначально аккумулирует культуру различных правопорядков в рамках унифицированной процедуры достаточно понятного и приемлемого для сторон состязательного процесса. Зачастую практически все участники (стороны, адвокаты, свидетели, эксперты и, конечно, арбитры) арбитражного разбирательства являются представителями разных юрисдикций. Арбитраж намного более гибок и и более многофункционален, чем национальный судебный процесс, являясь, в определенной степени, индивидуальным творением конкретных профессионалов в конкретном споре. Нельзя забывать и то, что и квалификация арбитров и их практический опыт, владение ими языком арбитража также зачастую различны. Все эти интернациональные и многофункциональные различия имеют значение для каждого отдельного процесса и должны учитываться адвокатами при согласовании процедуры перекрестного опроса и последующем его проведении.

---

[381] **Татьяна Владимировна Слипачук –** Кандидат юридических наук, партнер ЮФ «Саенко Харенко»

Перекрестный опрос как элемент процесса – действительно прерогатива юристов системы общего права. В данном случае мы говорим именно о перекрестном опросе свидетеля, не касаясь особенностей опроса экспертов.

Наличие перекрестного опроса как техники доказывания в разбирательстве основано на общем праве доказательств (the Browne vs Dunn rule), согласно которому сторона не может полагаться на доказательство, которое противоречит показаниям свидетеля, до тех пор пока не предоставит возможность свидетелю изложить (в ходе перекрестного опроса) в чем собственно и состоит это противоречие. В странах континентального права устные показания не имеют изначально определяющей роли, а потому использование свидетелей в коммерческих спорах в арбитражных разбирательствах до последнего времени остается нетипичным.

В ходе международного арбитражного разбирательства арбитры имеют достаточно широкие возможности с участием сторон определить порядок оценки доказательств, в том числе и в части проведения устного слушания с опросом свидетелей. Такой дискреционный подход характерен для подавляющего большинства национальных законов о международном коммерческом арбитраже и арбитражных регламентов постоянно действующих институций. При этом международные арбитражные трибуналы, в большинстве своем, прибегают к несколько адаптированным практикам перекрестного опроса, свойственного судебной системе общего права.

Безусловно, техники судебного перекрестного опроса не переносятся в международный арбитраж автоматически, но все же довольно широко применяются. Последнее повлекло за собой не только развитие особых навыков у арбитражных адвокатов, но и привлечение к работе со свидетелями специальных тренеров, которые готовят их к перекрестному опросу с позиции поведения и логики ответов, ибо как правило, основная задача опрашивающей стороны дискредитировать свидетеля (или эксперта), тем самым поставив под сомнения его показания. Подобная дискредитация может быть самой разной: психологической, поведенческой, профессиональной или даже личностной.

Основным принципом является то, что если показания свидетеля оспорены по любому из поднятых в них вопросов, то как правило свидетелю должна быть предоставлена возможность защитить свои показания в ходе устного слушания спора. И общепринятым является понимание, что отказ от перекрестного опроса свидетеля, чьи показания в той или иной мере оспариваются другой стороной, является критичным для позитивного признания судом позиции стороны свидетеля. В то же время, это не означает автоматического признания позиции другой стороны, в том числе и потому, что она может не соответствовать документам и фактическим обстоятельствам дела. Более того, при всей своей привлекательности перекрестный опрос не всегда необходим, и может быть даже вреден для позиции стороны. Поэтому всегда нужно оценивать риски, связанные с его проведением.

Перекрестному опросу свидетеля, как правило, предшествует короткий прямой опрос. Его цель напомнить составу арбитров основные положения свидетельских показаний, уточнить или исправить их, а также дать возможность оценить уровень доверия к свидетелю. Необходимость такого прямого опроса определяются зачастую адвокатом стороны свидетеля. В любом случае, важно не переутомить свидетеля и не запутать арбитров изложением уже написанного, не злоупотребить наводящими вопросами и не предоставить возможность другой стороне в ходе перекрестного опроса ухватиться за впервые озвученные свидетелем обстоятельства. Важно помнить и то, что порой сделанные свидетелем в ходе прямого опроса заявления могут стать основной мишенью на перекрестном опросе.

Как отмечено выше, не всегда свидетеля противной стороны стоит подвергать перекрестному опросу. Безусловно, если изначально в процессуальном приказе о процедуре подачи свидетельских показаний зафиксировано, что письменные показания неподвергнутого перекрестному опросу свидетеля автоматически считаются правильными, варианта не опрашивать практически нет. Если в ходе прямого опроса свидетеля не нанесен серьезный ущерб позиции другой стороны, то ее представителю всегда имеет смысл лишний раз задуматься, действительно ли нужен перекрестный опрос этого свидетеля. В том числе и с учетом возможности удержать над ним контроль, не допустив озвучивания им тех обстоятельств и суждений, которые могут ухудшить положение представляемой опрашивающим адвокатом стороны.

Если же принято решение о перекрестном опросе, то к нему нужно заранее готовиться, как и готовить своего свидетеля. Речь не идет о заучивании последним ответов, а о подготовке конкретного человека к процедуре, которая вряд ли является обычной и комфортной для свидетеля. Поэтому важно дать свидетелю понимание что и как будет происходить, объяснить основные поведенческие принципы и настроить на самоподготовку к процессу опроса. Разделяю мнение, что при подготовке свидетеля к опросу не нужно обсуждать вопросы, а важно проговорить темы, по которым эти вопросы будут заданы. Ибо вряд ли возможно предугадать конкретный вопрос. Более того, ответ на любой практически вопрос может породить новую область для исследования и вопросов к свидетелю. Поэтому важно проговорить темы, к которым в силу обстоятельств дела есть интерес у другой стороны и по которым свидетель в процессе подготовки должен еще раз перечитать свои показания.

Адвокату континентальной системы права нужно еще более тщательно готовиться к ведению перекрестного опроса. Должны быть проанализированы темы для опроса, чтобы была готовность в ходе опроса продумывать каждый вопрос с точки зрения последующего. Необходима концентрация на ряде принципиальных моментах, которые являются основной целью опроса. Хотя иногда и ответы на так называемые «фишинг» вопросы могут дать интересную информацию. В любом случае важно понимать и знать не только те факты и обстоятельства, о которых непосредственно свидетельствует лицо, но и те, что

окружают их в более широкой перспективе. Важно внимательно изучить позицию противной стороны, как фактическую, так и правовую, что позволит сконструировать возможные вопросы адвоката противной стороны к свидетелю. Не менее важным является максимально возможное уточнение характеристик личности свидетеля, которого намерен опросить и уровня его знаний фактов, имеющих отношение к сути спора.

Манера ведения перекрестного опроса сильно отличается в зависимости от правовой культуры, опыта и личных качеств адвоката. Неодинаково будут вести опрос украинский, английский и американский адвокаты. Но есть ряд общих принципов, которые они будут соблюдать.

Во-первых, необходимо контролировать свидетеля на протяжении всего опроса. Нельзя забывать, что так или иначе свидетель будет стараться сам взять контроль над опросом. Изначально у адвоката есть преимущество – только он знает цель опроса и имеет представление о чем будет спрашивать, и он должен его сохранять.

Во-вторых, нельзя забывать об арбитрах, все это действие рассчитано, чтобы оказать эффект на их восприятие, и иначе слишком увлекаясь, можно пропустить когда арбитры потеряют нить логики и интерес, а значит начнут пропускать все то важное, что адвокат старается установить в ходе перекрестного опроса.

В-третьих, не стоит забывать о письменных показаниях свидетеля, на сопоставлении которых с ответами свидетеля порой можно достичь поставленной для перекрестного опроса цели.

Среди других общих аспектов – это недопустимость грубости или агрессии по отношению к свидетелю, умение разворачивать опрос в незапланированном направлении. Да, и никогда не стоит задавать вопрос, на который не знаешь ответ.

На мой взгляд, высший пилотаж адвоката – это умение оперативно адаптировать ранее подготовленную направленность опроса, его тональность и уровень напряжения к обстоятельствам и факторам, возникшим в ходже слушания, включая вступительное слово, самые последние письменные документы и прозвучавшие вопросы арбитров, опросы других свидетелей и т.д. Сложно. Интересно. Продуктивно и рискованно одновременно. Мне повезло в своей практики видеть таких профессионалов за работой и общаться с ними доверительно лично.

Представители системы общего права честно признаются, что первичной целью опроса, как правило, для них является дискредитация свидетеля. Эту задачу практически сразу необходимо соизмерить с ценностью свидетеля, ибо нередко свидетель действительно является носителем важной и ценной информации, в силу чего его дискредитация не будет выгодной. Нельзя считать, что каждый свидетель противной стороны невыгоден и является «врагом» изначально, наоборот, иногда получить информацию и подтверждение своей позиции от такого свидетеля может иметь более чем положительный эффект в глазах арбитров.

Есть еще один интересный и очень практичный аспект. Цель перекрестного опроса, как, впрочем, и всего слушания, убедить арбитров. А значит нельзя упускать из виду и ряд факторов, связанных с личными и профессиональными характеристиками арбитров, начиная от пола и возраста, практического опыта и правовой культуры, менталитета и профессиональных позиций, заинтересованности в обсуждаемом вопросе. Имеют значение и чисто практические и технические нюансы: время суток, комфортность помещения, общий настрой участников (нервозность, общая тональность слушания и т.д.), наличие перевода, продолжительность слушания на момент опроса свидетеля с учетом согласованного графика.

Действительно многое имеет значение. Например, договоренность об объеме вопросов свидетелю, а именно ограничивается ли он объемом фактов в письменном заявлении свидетеля или свидетель (раз уж доставлен в заседание) может быть опрошен обо всем, что гипотетически ему известно. На самом деле, оба варианта имеют право на существование и отвечают тем или иным национальным традициям, важно понимать как это будет здесь и сейчас в конкретном процессе. Важно для всех участников – от свидетеля и до арбитров. Ясные понятные правила, одинаково применяемые ко всем, залог соблюдения равного отношения к сторонам и справедливого процесса.

К перекрестному опросу свидетеля, как уже отмечено выше, следует готовиться. Такая подготовка включает в себя выборку цитат из документов, подбор документов, подготовка краткого плана опроса с выделенными темами (рекомендуется ограничивать опрос до трех тем), изучение личности свидетеля и арбитров.

С точки зрения психологии опроса тоже есть несколько общих правил.

Не стоит быть грубым и враждебным к опрашиваемому свидетелю. Внимательное, спокойное, вежливое и ясное обращение к свидетелю предпочтительнее. Первое и последнее впечатление является самым запоминающимся, а значит начинать и заканчивать перекрестный опрос желательнее наиболее волнующими арбитров вопросами.

Довольно часто на практике говорят о так называемых «трудных» свидетелях. К ним относят тех, кто не слушает вопросы, не отвечает на вопросы и дает пространные комментарии ни о чем. Есть много рекомендаций как строить опрос таких свидетелей. Изначально важно задать свидетелю несколько вводных и безобидных вопросов, чтобы понять психотип свидетеля и установить контакт с ним, помочь расслабиться и настроиться на опрос. Нельзя забывать, что свидетель находится в несвойственной его обычной жизни ситуации, в незнакомой среде и определенном дискомфорте, что может провоцировать определенные поведенческие и эмоциональны реакции. Достигается это путем аккуратной комбинации наводящих и открытых вопросов. Сред первых вопросов логично поинтересоваться наличием той или иной личной заинтересованности свидетеля в разрешении спора, что важно и для оценки его показаний арбитрами, и для понимания тех или иных реакций свидетеля на поставленные вопросы.

С точки зрения дискредитации доверия к свидетелю, то зачастую избирают тактику дискредитации свидетеля хотя бы в чем-то, пусть незначительном, в целях распространения этого недоверия на его показания в целом. Адвокаты стран общей системы права изучают психологию опросов в том числе и для того, чтобы уметь установить даже полуправду в ответах опрашиваемого ими лица. Например, если человек говорит о том, что он действительно делал определенные действия, то это означает, что он может рассказать как и к кому он обращался, какие именно документы готовил, куда ездил на встречи и так далее. Отсутствие такое практического знания или неспособность описать алгоритм действий уже повод усомниться в изначальном утверждении.

Наиболее общие практические советы по подготовке и проведению перекрестного опроса свидетеля ниже разбиты на смысловые группы и в той или иной мере позволяют понять инструментарий и методику перекрестного опроса свидетеля в международном арбитраже.

1. Вопросы

Как правило, вопросов может быть два типа. Открытые и наводящие. Открытый вопрос (кто, где, когда, как, почему, с кем и т.д.) предполагает право и возможность свидетеля говорить все, что он считает нужным при ответе на такой вопрос. Необходимо помнить, что такая свобода свидетеля в формулировании ответа может быть адекватна утрате контроля над свидетелем. Наводящий вопрос – вопрос о подтверждении или опровержении того или иного факта или обстоятельства, которые свидетель знает лично. То есть вопрос под ответ «да» или «нет». Как правило, используются именно такие вопросы. Чем более точный и понятный вопрос, тем выше цена ответа. В принципе, вопросы и должны быть сформулированы коротко, просто и однозначно. Последовательность и количество вопросов не должно быть случайностью, а должно быть подчинено цели подтвердить позицию или дискредитировать свидетеля. Не нужно задавать вопросы, ответ на которые предполагает умозаключения. Последнее может быть опасным для позиции стороны, задающей вопрос. Вопрос должен быть о фактах. Кроме того, имеет значение тональность и темп вопросов, ибо медленный и спокойный тон позволяет подчеркнуть желаемое для аудитории, в данном случае, арбитров, а напористый и быстрый – исключить возможность обдумать ответы наперед и скорее добиться утраты трудным свидетелем самообладания и контроля над ситуацией. Безусловно, что только конкретная ситуация и опыт могут подсказать адвокату, как ему вести перекрестный опрос, при этом не теряя контроль и не превращая в пререкание или спор со свидетелем.

2. Психосоматические невербальные реакции

Не только свидетель и арбитры следят за опросом, это делают адвокаты и представители сторон, другие свидетели, если присутствуют вовремя опроса. Их реакция может служить хорошей подсказкой. В частности, смотрит ли свидетель в какое-то одно определенное место или на кого-то из присутствующих, и как

при этом меняется его лицо, движение рук. Как реагирует на вопросы и ответы адвокат стороны свидетеля, важна и реакция арбитров, уровень их внимательности и концентрации. Усиление давления на свидетеля не лежит в плоскости агрессии, а скорее в плоскости психологического дискомфорта, который будет проявляться внешними факторами. Не стоит терять контроль и над собой.

3. Подготовка к опросу

Понимание позиции и фактической истории, роли свидетельских показаний в стратегии клиента, их место в заключительном слове и убеждении арбитров в своей правоте имеет важное значение и в построении тактики перекрестного опроса свидетеля. Задача опроса часто не установить факты, а поколебать доверие к свидетелю, нивелировать его роль или использовать для своей позиции его же показания. Важно помнить, что каждому свидетелю нужно задать его вопрос, тот самый ответ на который будет значим. Учитывая, что часто запоминается именно начало и окончание опроса, не плохо бы определить на какую тему будет этот самый первый и этот самый последний вопросы. Хотя опять-таки, не всегда стоит следовать плану или шаблону буквально, ибо ситуация может развернуть ход опроса или закончить его вне подготовленного плана. Например, в ходе прямого опроса свидетель выдал новую информацию или усилил свою позицию в глазах арбитров. Такие результаты можно нивелировать в ходе перекрестного опроса. В любом случае в целях подготовки к опросу должно работать еще одно из основных правил – нужно готовиться быть ясным и предельно кратким. Не более трех-четырех тем, ясная цель опроса, понимание свидетеля.

4. Подготовка документов и цитат

Вопрос в понимании необходимости и порядка использования в процессе перекрестного опроса документов и цитат из показаний свидетеля. Нельзя допустить ситуацию, когда в ходе опроса адвокат не может четко и быстро идентифицировать и предъявить свидетелю документ, который так или иначе фигурирует в опросе, путается в цитатах или некорректно цитирует свидетеля.

5. Слушать ответ внимательно

Опрос – это прежде всего взаимодействие со свидетелем. Как ни странно, иногда в процессе опроса это может забыться. Однако, ответ архиважен. Нужно всегда внимательно его слушать. В том числе это позволяет удерживать контроль над свидетелем и добиваться ответа именно на поставленный вопрос, если свидетель его не дает. Не стоит позволять свидетелю буквально повторять свои письменные показания или ответы, данные в ходе прямого опроса. Такое бывает либо, если свидетель действительно заблуждается в существе вопроса, либо когда он умышленно увиливает от ответа или стремится рассказать свою историю. В первом случае вполне разумен уточняющий вопрос, а во втором – есть смысл продемонстрировать эту тактику свидетеля арбитрам. Иногда ответ может быть настолько важным, что будет смысл на нем и закончить опрос.

Кроме того, не зря же говорят, что даже простое «да» может быть разным в зависимости от того, как оно сказано, какими внешними реакциями сопровожден ответ. Не нужно комментировать ответы свидетеля арбитрам.

Все изложенное лишь небольшая толика практического опыта проведения перекрестного опроса свидетелей, который уже наработан в рамках международного арбитража и продолжает развиваться, опираясь на различные правовые культуры или традиции. Перекрестный опрос свидетелей, наряду с опросом экспертов, который имеет свои особенности и не был предметом данного короткого анализа, остается одной из самых сложных и, скорее всего, неотъемлемых, процедур в исследовании доказательств в рамках устного слушания в ходе международного арбитражного процесса.

CONGRRUENCE OF ICAC ARBITRAL AWARDS WITH THE PUBLIC POLICY

Anton Sotir and Stanislav Tepliuk[382]

Introduction

The concept of 'public policy' was used to prevent the violation of the values that are extremely important for a particular society since ancient times. At the same time, the nature of this concept traditionally raises a lot of questions about its implementation, circumstances where it can be applied, and the consequences of their use, due to impossibility of its objective definition and interpretation.

Public policy is considered as one of the most flexible, appraised legal concepts. Its "ambiguity" generates significant discussions among scholars and when applied by courts. At the same time, the most controversial are the questions of when exactly the violation of the public policy may be brought, what is the discretion of the decision-making body when applying this concept, how to determine the scope of public policy, etc. There are no exact answers to these issues, as it varies from country to country, from case to case, from one judge to another.

This uncertainty does not make work of the arbitrators easy, as they might care of their awards being not annulled in the future. This also relates to the arbitration at the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry ("**ICAC**"), which functions in compliance with the Law of Ukraine "On the International Commercial Arbitration" ("**ICA**"), provisions of which provides for a possibility of setting aside arbitral award based on non-conformity to the public policy of Ukraine.

This article will address the issue on whether arbitrators of the arbitration proceedings at ICAC should take into account the public policy and to what extent. The necessity of such analyses is obvious: should the party obtain an award that sounds great but at the end be set aside due to non-compliance to the public policy at the country where it is sought to be enforced or in Ukraine, any work of the Panel may be in vain.

Historic background of the concept of public policy

The use of valuable, moral constraints to regulate the behaviour of the parties to private relations has been known since ancient times. Initially they were used to deny the effect of individual agreements. For example, it is well-known that under Roman law the contradiction between the treaty and good customs entailed its invalidity.

---

[382] **Anton Sotir** – Partner at GoldenGate Law Firm (Kyiv, Ukraine), Deputy Chairman of the Dispute Resolution Chamber of the Football Federation of Ukraine (Kyiv, Ukraine), Consultant at Lombardi Associates (Edinburgh, UK). LL.M. in International Commercial Arbitration Law (Stockholm University) and LL.M. in International Sports Law (ISDE, Madrid).

Stanislav Tepliuk – Ph.D. candidate at V.M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine. LL.M. in International Dispute Settlement (MIDS, Geneva).

Later, in the Middle Ages, they also begin to be used to deny the application of foreign law to private relations, which in other circumstances should have been applied.

Modern scholars find traces of ideas that foreign law should not violate the general principles of justice, and the concept of good customs in the works of a founder of the theory of statutes, the famous Italian scientist Bartol (1314-1357)[383]. Other outstanding scholar who contributed to the development of the idea that foreign laws should not be applied, if their application leads to a violation of certain social values, was known Dutch scientist Ulrich Huber (1636-1694), according to whom foreign laws can only be recognized if they do not cause damage to the government over a certain area. The recognition of foreign laws must be denied if their observance is disgusting or leads to circumvention of the local laws[384].

In the nineteenth century these ideas have gained further development in the works of Friedrich Carl von Savigny, whose views became the basis for understanding the concept of public policy in modern legal systems. In general, Savigny believed that the state had no right to refuse to apply foreign law, in particular, referring to its sovereignty, and private relations based on foreign law should be regulated by them. However, he argued that there are certain types of rules that judges must always adhere to, regardless of the need for the application of foreign law[385].

A significant contribution to the development of the concept of public order in the nineteenth century was introduced by well-known Italian politician Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888). In particular, Mancini viewed the non-application of foreign law not as an anomaly, but as a common phenomenon arising from the principles of private international law[386]. In particular, this author believed that there are separate sets of rules created to protect the public order, which should apply to all who are in the territory of a particular state, regardless of the personal law of a particular person[387].

The views of the scholars of this school have contributed to a significant expansion of the scope of the exclusion of the application of foreign law, and, according to Wolf, "*intensified the danger that the courts would consider laws that differ from the rules of the court of the country as incompatible with the public policy, and will deny them on this basis*"[388].

Concept of the public policy and its application in arbitration in various jurisdictions. France

In France, the concept of public order was regulated in the early nineteenth century by the Civil Code, which established that: "*It is forbidden to violate the laws of private*

---

383 Yongping Xiao, Zhengxin Huo. Ordre Public in China's Private International Law // The American Journal of Comparative Law. 2005. Vol. 53, No. 3. pp. 653-677.

384 Lorenzen, Ernest G., Huber's De Conflictu Legum (1919), Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 4563. Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers

385 Mosconi F., Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules// Recueil des Cours. 1989. Vol. 217. p. 456.

386 M.Wolf, International private law. 1948. p. 702.

387 Kent Murphy. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law // **The Georgia Journal of International and Comparative Law. 1981. Vol. 11:3. p.** 591-615.

388 M.Wolf, International private law. 1948. p. 702.

contracts that affect public policy and good customs"[389]. Traditionally, it was seen as imposing restrictions on the freedom of parties to internal private agreements, but after some time French courts began to use it as an impediment to the application of foreign law to private relations of an international nature[390]. At the same time, historically, French courts have been known to be "*particularly far-reaching*" in the application of the concept of public policy[391].

Today, in French law the concept of public order is also used as a ground for refusal to recognize and enforce foreign judgments. In the famous *Cornelissen case* French judges established that the foreign judgment must fulfils three conditions: 1) in accordance with French law, the foreign court had jurisdiction to decide on the case in which the decision was made; 2) the foreign judgment is in accordance with the French procedural and material public policy; 3) a foreign judgment was pronounced "*without fraud in the choice of court*"[392].

Particularity of French legislation is that it establishes, at the legislative level, the concept of international public policy. In particular, according to article 1514 of the France Code on Civil Procedure an arbitral award may be recognized and enforced in France, if the party relying on it can prove its existence and if it is not contrary to international public policy. Similarly, international commercial arbitration award made in France may be annulled when it contradicts to the international public order (Article 1520)[393].

Germany

The use of the concept of public policy is also foreseen in the modern German law. According to article 6 of the Introductory Law to the German Civil Code (GCC): "*The provisions of the law of another country shall not apply if its application results to the manifest incompatibility with the fundamental principles of German law. In particular, incompatibility arises if the application of foreign law is incompatible with civil rights*" [394].

Although the civil or fundamental rights enshrined in the German Constitution are considered an important part of the fundamental principles of German law[395], they are considered to be violated in the meaning of article of the GCC only if "*there is a significant internal link*"[396], that is, if the relationship is closely related to Germany.

At the same time, the German Code of Civil Procedure provides that recognition and enforcement of a foreign judgment may be refused if the recognition results in

---

389 Code civil. Version consolidée au 1 janvier 2017. Available at: https://goo.gl/T8ikPy

390 Kent Murphy. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law // **The Georgia Journal of International and Comparative Law.** 1981. Vol. 11:3. p. 591-615.

391 M.Wolf, International private law. 1948. p. 702.

392 Yvan Guillote. Recognition and Enforcement of US Judgement Awarding Punitive Damages: the Position of the French Supreme Court // Soulier's January 2011 E-Newsletter. Available at: https://goo.gl/YgQVAq

393 Code de procédure civile. Livre IV: L'arbitrage. Titre II : L'arbitrage international (Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 – art. 2). Available at: https://www.legifrance.gouv.fr

394 Introductory Act to German Civil Code. Available at: https://goo.gl/inXDU5

395 Rainer Arnold, Elithabeth Meindl. The EU Charter of Fundamental Rights and Public Policy in International Arbitration Law // Czech and Central European Yearbook of Arbitration. 2011. V. I. p. 87-105.

396 Yu. Bazedov. Law of open societies – private and public state regulation of international relations. 2016. p. 382.

"*manifestly incompatible with the substantive principles of German law and, in particular, with the fundamental rights*"[397].

In the field of international commercial arbitration, the concept of public order in Germany is used to determine the arbitrability of a dispute. In Germany the arbitrability has a very broad definition. According to article 1030 of the German Code of Civil Procedure, any claim of financial nature is arbitrable. Violation of the public order is the basis for the annulment of the arbitral award. In addition, a public policy clause may be used to deny the recognition and enforcement of arbitral awards made in Germany and abroad, respectively.

UK

English law recognized the concept of public policy since fourteenth century, when it was deemed as tantamount to the justice, natural law, "the law of equity", the Divine Law. Already at that time, English law was a well-known concept based on the law of reason, which "*is a written in the heart of every person and tells him what to do and what to avoid*"[398]. The courts of general law at the beginning of the seventeenth century, for example, declared the wills invalid if they were "*against the good of society*"[399].

The first example of using the term 'public policy' in English law is the case *Mitchel v. Reynolds* (1711). This case concerned the restrictions on trade established by the agreement. Although the agreement on which the dispute arose was considered valid, the judge in the decision noted, among other things, that contracts restricting trade in general (as opposed to those that restricting it in a certain area or in relation to a particular person) are contrary to public policy[400].

Further attempts to outline the limits of public order are characterized as lacking precision. In the end, the prevailing view was that the content of public policy was determined by the court. The amorphous nature of the public order and the possibility of abuse of it for a long time are recognized by English doctrine and jurisprudence. There are frequent calls for caution when dealing with cases with a link to public policy violations. In this regard, the most famous is the statement by Judge Burrough: "*I, for one, protest, as my Lord has done, against arguing too strongly upon public policy; it is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail.*"[401]

The concept of public policy under English law since the twentieth century varies depending on whether it is applied to internal relations or to the cases involving a

---

397 Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 , last amended by Article 1 of the Act dated 10 October 2013. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html.

398 Brandon Kain and Douglas T. Yoshida. The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law // Annual Review of Civil Litigation. 2007. p. 1-47.

399 Lawaree Valentin. Public Policy in English and American Law. Masterproef van de opleiding 'Master in de rechten'. Gent: Universiteit Gent, Faculteit Rechtsgeleerdheid. 2014. p. 87.

400 Farshad Ghodoosi. The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy in Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements // Nebraska Law Review. 2016. Vol. 94, issue 3. p. 685-736.

401 Yelpaala K. Restraining the Unruly Horse: The Use of Public Policy in Arbitration, Interstate and International Conflict of Laws in California // The Transnational Lawyer. 1989. N 2. p. 379-493.

foreign element[402]. In particular, not every rule of domestic English law, which should apply to certain relationships, regardless of the intentions of their participants, may be used, if the application is subject to the foreign law. One example is an agreement, the terms of which do not provide for consideration. In accordance with English domestic law, no one can conclude a valid contract that would not include consideration. However, the contract, which was governed by Italian law and did not provide for consideration, was considered valid in one of the decisions[403].

Under English law, the concept of public policy can also be used to appeal an arbitral award (Article 68 (2)(g) of the English Arbitration Act), as well as the setting aside the recognition and enforcement of arbitral awards (Article 81 (1)(c) of the English Arbitration Act)[404]. In such event, as a rule, English courts with great reluctance refuse to recognize and enforce an arbitral award because of its contradiction to the public policy. Appeals to public policy are usually regarded as an "*extreme remedy*" and are rarely satisfied[405].

The concept of public policy in Ukraine

In Ukraine, like in other countries, the concept of public policy is used to regulate domestic and international private relations. Within internal relations it is used as the basis of invalidity of the transaction (Article 228 of the Civil Code of Ukraine). In international relations – as an obstacle to the application of the law of a foreign state (Article 12 of the Law of Ukraine "On Private International Law"). Civil Procedural Code of Ukraine suggests that the legislator intended to use the concept of public policy in order to formulate one of the grounds for refusal to recognize and enforce foreign decisions and arbitral awards. Article 36 (1) (2) of the ICA explicitly states that the contradiction between the decision of international commercial arbitration and the public policy of Ukraine is a ground for refusal of its recognition and enforcement.

At the legislative level, the concept of violation of public policy is defined only for the regulation of internal relations. The scope of the concept of public policy to use it as a barrier against the use of foreign law in international private relations as a basis for refusal to recognize and enforce foreign decisions and arbitral awards at the legislative level in Ukraine is not defined. In this regard, the doctrinal and judicial approaches to the understanding of the public policy and the mechanism for its employment in international private relations, in relation to the settlement of the dispute by international commercial arbitration and the recognition and enforcement of foreign arbitration awards are of particular importance.

With regard to understanding the use of public policy as a limiting factor for the application of foreign law, particular attention deserves the position of professor Vasyl Kisil, who notes that "*the public policy [...] is only a separate and very exceptional case*

---

402 Kahn-Freund O. Reflections on Public Policy in the English Conflict of Laws // Transactions of the Grotius Society. 1952. Vol. 39. p. 39-83.

403 Ibid.

404 Arbitration Act 1996. Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents

405 Maxi Scherer. The Public Policy Exception under Article V(2)(b) – Methodological Approaches Country Report England. – 20 October 2014. Available at: https://goo.gl/9L9wgX

of the impossibility of a rule of foreign law that requires careful justification"[406] and that "*when deciding on the need to use the mechanism of public policy, the court should proceed not based on contradictions of foreign provisions with principles of the Ukrainian public policy, but on the fact that it is impossible for our legal system to accept or recognize the consequences of the application of foreign law*".

The mechanism for using the public policy as a restriction in the application of the conflict of laws is similarly defined by E.D. Boyarsky, who states that "*the public policy in private international law is an exclusive and extraordinary means of restricting the application of conflict of laws*"[407].

Definition of the public policy as grounds for refusal to recognize and enforce foreign judgments is contained in paragraph 12 (8) of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine[408]. This definition contains an inexhaustible list of principles that form a public policy of Ukraine.

However, due to the fact that this Resolution was adopted before the entry into force of the current Civil Procedural Code of Ukraine, the Plenum of the High Specialized Court of Ukraine for the consideration of civil and criminal cases has made analyses of the judicial practice regarding the cases on challenges of awards of international commercial arbitration and on the recognition and enforcement of foreign decisions and arbitral awards. The result of such analyses was the informational letter of the High Specialized Court of Ukraine"[409].

It is noteworthy that, although this document concerns the challenges and recognition of arbitral awards, when dealing with the 'public policy' the High Specialized Court of Ukraine for unknown reason refers to the Law "On Private International Law", which although contains a warning about public policy, its purpose in this case is to make it impossible to apply foreign law in certain cases, but not to regulate the recognition and enforcement of arbitral awards. Another surprise is the statement that "*the main task of the public policy in international law is to resolve the conflicts of laws in different jurisdictions*".

The above evidences that in the judicial practice of Ukraine any proper and correct understanding about the concept of public policy as the basis for refusal to recognize and enforce foreign arbitral awards is absent.

---

406 V. Kisil. Interpretation and action of the conflict of laws. 2014. p. 172-218.

407 Boyarskyi E.D. Limitation of the application of conflict of laws in the international private law of Ukraine. Monograph. 2015. p. 227.

408 Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine from 24 December 1999 "On the Practice of Court Examination of the Recognition and Enforcement of Decisions of Foreign Courts and Arbitrations and the Annulment of Decisions Rendered within international commercial arbitration procedure on the Territory of Ukraine". Available at: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99

409 Information letter of the Highest specialized court of Ukraine on consideration of civil and criminal cases from 11 December 2015 "On the practice of reviewing cases by courts of Ukraine on the challenging of decisions of the International Commercial Arbitration Court of Ukraine at the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine and on the recognition and enforcement of decisions of international and foreign arbitrations". Available at: https://goo.gl/91Xhm7

It is worth noting the article of M.M. Malskyy[410], who rightly emphasizes the distinction between 'internal', 'international' and transnational public policy. In addition, by interpreting paragraphs 7 and 8 of par. 2 of article 396 of the Civil Procedural Code of Ukraine, according to which "*the petition to the issue a permit for the enforcement of a decision of a foreign court (including international commercial arbitration) may be refused if the execution of the decision would pose a threat to the interests of Ukraine and in other cases, provided by the laws of Ukraine*", the author notes that this article "*is partly about public policy*". It is difficult to disagree. It means that the law that governs the recognition and enforcement of arbitral awards in Ukraine does not fully reflect the concept of public policy, granting wide discretion to the courts with the wording "interests of Ukraine", which also include the public policy.

The above shows that in Ukraine doctrinal views on the understanding of public policy, as well as the jurisprudence on its use are still developing.

Awareness of the public policy by the ICAC arbitrators

As it appears from the above, the concept of public policy is "uncatchable". It varies from country to country and there is no (and could not be) a uniform and universe definition of this concept. However, lack of compliance to it means the arbitral award may be annulled at the seat of arbitration or, on a later stage, when party will be trying to recognise and enforce the relevant award in foreign jurisdiction. Therefore, the subsequent question arises: whether the arbitrators, when issuing the decision and drafting the final award, should take into account the concept of public policy?

It is an implied obligation of any arbitrator to be sure his/her award does not violate any applicable provisions law, including *lex arbitri.* Otherwise, the work of such arbitrators may be wasted by simple recourse of any party to the courts for setting aside such award. It is also expected from diligent arbitrators, although not directly obliged by the law or the arbitration rules, that they may think of their product being enforceable in the future.

Enforceability of the award also means its compliance to all requirements under the New York Convention, including the provision on the public policy of the country where award is sought to be enforced. Therefore, any ICAC arbitral award may be challenged at least twice: in Ukraine and in the country where the losing party is residing or has its assets (unless it is also Ukraine). It may also be a situation when the award will be enforced in more than one country, depending on various circumstances. Does this mean the arbitral tribunal shall think not only of the public policy in Ukraine, but of other "hypothetical" countries? Should it ask the winning party in advance what country the award must suit for?

There might also be a situation when compliance with the public policy may require the change of the substance of the award, granting or denying certain requests. For example, in few countries awarding interest is prohibited at all, mostly because of religious beliefs[411]. It means any arbitral award that contains the obligation of the party

---

[410] Markian Malskyy. Public policy in transnational enforcement process. // Newsletter of the National University "Lviv polytechnic". 2015. №827. p. 79-84.

[411] See Samir Saleh, *The Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the States of the Arab Middle East,* Arab Law Quarterly, Vol. 1, No. 1 (1985), pp. 340, 348-349 (interest is prohibited in Qatar, Oman, North Yemen).

to pay interest will likely be not enforceable based on public policy restrictions. Does this mean the arbitrators should avoid awarding interest at all, as there is a chance the award will be sought to be enforced in such country, or this applies only to the case when one of the parties is domiciling at such country?

In the light of the above, it is quite difficult to draw a distinctive line between the taking a decision itself and attempt to make it enforceable universally.

In the authors' opinion, although such award might lack practical implementation in some countries, the crucial is whether it complies with the public policy under *lex arbitri* and *substantive law* applicable to the relevant contract or dispute. If either of these laws imposes restrictions that might be violated by the nature of the arbitral award or some of its findings, it means the award may contradict to the public policy *ab initio*, or we may call it "*initial unenforceability*". This is particularly true when we speak about 'transnational public policy', which is known and understandable for all arbitrators and should be taken into account during every arbitration proceedings.

However, the situation is different when the arbitral award, due to particularities of some jurisdiction or imperfection of its legal system, may be challenged when requested to be enforced on the basis of article V(2)(b) of the New York Convention. In such situation, in our opinion, the effect of "*conditional unenforceability*" should not hinder the panel to take the decision it deems correct and fair, irrespective of possible unforeseen obstacles the party might be faced with in the future.

Interestingly, there might be a situation when ICAC award, not complying with the public policy of Ukraine, may be easily enforceable at other countries. Although the scope of this paper does not cover the topic of the enforceability of the awards that were set aside, is does not mean the ICAC arbitrators should not pay due attention and diligence to the issue of congruence to public policy at the seat of arbitration.

Any solution?

There is also the issue of practical implementation: how the compliance of the arbitral award to the public policy is realised in life? In ideal case scenario is when the panel will consist of the arbitrator practicing in the jurisdiction of *lex arbitri*, and other lawyer being an expert of the law applicable to the merits. But what if the scenario is not ideal? Should the panel involve the experts of law to be sure the award will not be set aside or be enforceable, but, at the same time, increasing the costs of arbitration?

The first that comes in mind, and probably the most reasonable solution, is the control of the awards by the arbitral institution itself. At least such control may be provided in terms of the law of the seat of arbitration, *i.e.* public policy of Ukraine. Number of arbitral awards being set aside makes a statistics to the arbitral institution. More – negative. Hence arbitral institutions are interested in their awards being unsuccessfully challenged and enforceable in many jurisdictions. At the end, such practice is not new for the world of international arbitration.

As it is well-known, ICC Rules of Arbitration for a long time provides with a mandatory step for any award to be scrutinised by the ICC. Article 34 of the current edition of the rules (2017) states that "*Before signing any award, the arbitral tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to*

the form of the award and, without affecting the arbitral tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance"[412].

It seems the formal inclusion of this requirement into the ICAC Arbitration rules may help the panels to ensure that the awards are not in blatant or manifest contradiction to the public policy of Ukraine, which is always difficult to understand and identify due to the lack of solid and uniform approach.

Conclusions

The concept of public policy as a legal institution has a long history. Historically, it was initially used to restrict the freedom of parties to purely internal agreements of a private nature. In particular, its violation led to the invalidity of such contracts. Over time, the scope of the use of the public policy has expanded. Today it can be used not only to declare a transaction invalid, but also as a barrier against the use of foreign law as the basis for the annulment of an arbitral award and as a ground for refusal to recognize and enforce a foreign decision or arbitral award, as well as in some other cases. At the same time, the approach to the possibility of using the public policy varies depending on whether it is internal or international.

Arbitrators acting under the rules of the ICAC have difficult task ensuring their award is complying with all mandatory requirements, provisions of the chosen by the parties applicable law and, at the same, making any of such award enforceable. Due to the lack of uniform definition of the "public policy" the award may be faced with the problem of its unenforceability, which one may distinct of two types: "initial" and "conditional". In any event, the arbitral institution may take proactive steps in order to be sure no violation of the public policy is occurring, at minimum at the seat of arbitration.

[412] https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/

ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ ПРИНЦИПОВ ИНКВИЗИЦИОННОГО ПРОЦЕССА АРБИТРАЖЕМ КАК МЕХАНИЗМ СОКРАЩЕНИЯ ЕГО СРОКОВ И СТОИМОСТИ

Александр Храпуцкий[413]

Тема оптимизации сроков и стоимости проведения арбитражного разбирательства уже несколько лет является актуальной в арбитражном сообществе. Данная актуальность продиктована в первую очередь бизнес-сообществом, которое критикует арбитраж за дороговизну и длительность процесса. В небольших арбитражных спорах арбитражные расходы порой достигают сумм равных половине цены иска. Потребность в оптимизации арбитражного разбирательства привела к появлению различных процедур, которые направлены на проведение арбитража быстро и с меньшими затратами. К таким процедурам относят, как правило, ускоренную процедуру разрешения спора, предусмотренную институциональными регламентами, возможность назначить чрезвычайного арбитра, онлайн арбитраж и др. Вместе с тем, опыт показывает, что на практике во время составления арбитражного соглашения сложно точно предугадать с разумной вероятностью характер спора, а также процедуру, которая лучше всего подойдет для данного спора. Также могут возникать разногласия относительно интерпретации или применения ускоренных процедур. В данной связи включать такие процедуры следует осторожно.

Существует также и другой способ ускорить стандартную процедуру разрешения споров – наделить арбитров активной ролью по проведению процесса и получению доказательств.

Несмотря на многообразие правовых систем, их можно свести к последователям либо континентальной, либо общей системы права. Для описания судебного процесса в указанных системах права используются термины «дознавательный» или «инквизиционный» и «состязательный». Одним из основных различий в данных процессах является вовлеченность судьи в процесс судебного разбирательства. В частности, в дознавательном процессе суд активно вовлечен в расследование фактов дела. В состязательном процессе судья, напротив, в основном выступает как беспристрастный модератор между истцом и ответчиком.

Как правило, большинство законов в области международного коммерческого арбитража и арбитражные регламенты только в самых общих чертах регулируют (либо совсем не регулируют) вопросы о порядке ведения процесса и получения доказательств, предоставляя сторонам право самостоятельно договориться. В случае если стороны этого не сделают, арбитр имеет полное право определить правила ведения процесса. Какую модель выберет арбитр, зависит от нескольких факторов, например, положений соответствующего

---

[413] **Александр Федорович Храпуцкий** – Партнер, адвокат АБ «Сысуев, Бондарь, Храпуцкий СБХ»

арбитражного регламента и практики самого арбитра. Следует отметить, что в некоторых случаях предугадать какую именно модель выберет арбитр является затруднительным, в связи с чем некоторые моменты арбитражного разбирательства проблематично заранее предсказать. Многое зависит и от того, в какой системе права практикует такой арбитр. В настоящий момент также не существует правил, регламентов, инструкций, которые бы включали в себя указания арбитрам по поводу ведения арбитражного процесса. Существующие инструкции, руководящие указания не в полной мере отвечают требованиям, предъявляемым арбитражным сообществом.

Составители Правил Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже («Правила МАЮ») ставили целью преодолеть разрыв между традициями доказывания в системах общего права и континентального права. Часто говорят о том, что Правила МАЮ оказались успешными в развитии практических стандартов в международном коммерческом арбитраже, по крайней мере, в отношении разбирательств с участием сторон с разными правовыми традициями и значительной суммой спора.

Однако, с точки зрения континентального права Правила МАЮ всё же ближе к традициям общего права, так как они следуют в большей степени состязательному подходу с раскрытием документов, свидетелями факта, назначаемыми сторонами экспертами, перекрестным допросом свидетелей. Данные процессуальные особенности требуют достаточно больших расходов на арбитражное разбирательство, при этом их эффективность и необходимость иногда остается под вопросом. Более того, многие из этих особенностей неизвестны или в должной мере не используются в странах с континентальной системой права. Увеличивая затраты и время арбитражного разбирательства, такие способы доказывания не приемлемы для малых и средних арбитражных разбирательств. Таким образом, механизмы, предусмотренные системой общего права хороши для крупных и сложных споров, где требуется уделить много времени работе со свидетелями, экспертным показаниями и т.п.

Представляется же, что имплементация принципов инквизиционной модели процесса будет способствовать повышению эффективности в международном арбитраже, снижению расходов на арбитраж, что также будет способствовать разрешению малых и средних споров посредством арбитража, где применение Правил МАЮ было бы непропорционально дорогостоящим. Роль арбитра как активного участника арбитражного процесса, а также роль сторон, направленная на сотрудничество с арбитром, будет способствовать сторонам в быстром и качественном урегулировании возникшего спора.

В настоящее время уже ведётся разработка правил, в основу которых положена инквизиционная модель доказывания в международном коммерческом арбитраже. Данные правила получили рабочее название Пражские правила. Основные принципы Пражских правил можно сформулировать следующим образом.

Обязанность состава арбитража установить факты

В настоящее время, у состава арбитража, как правило, есть право, а не *обязанность,* установить обстоятельства дела, в том числе, например, назначить экспертизу по определенным вопросам. Большинство арбитражных регламентов не регулирует вопросы предоставления документов, допроса свидетелей, возможность предоставления письменных свидетельских показаний.

Инквизиционная модель подразумевает, что состав суда обязан устанавливать обстоятельства дела. В этих целях он может издавать по своему усмотрению распоряжения, допрашивать свидетелей и экспертов, запрашивать необходимые документы.

Активная роль состава арбитража по ведению разбирательства

Признавая, что Правила МАЮ предлагают справедливый процесс получения доказательств, необходимо отметить следующее. Процесс, предложенный Правилами МАЮ не является быстрым и эффективным ввиду того, что не устанавливает активной роли суда в определении процедуры арбитражного разбирательства. Как правило, регламенты арбитражных институтов не содержат положения *обязывающие* состав арбитража выбирать процедуру ведения арбитражного процесса с учетом соглашения сторон.

Наряду с обязанностью состава арбитража по установлению фактов и определению права, состав арбитража должен играть активную роль в ведении разбирательства, что должно выражаться, например, в проведении организационного совещания со сторонами (посредством телефонной связи, видеоконференции или иными средствами коммуникации) для того, чтобы обсудить процессуальный график и действия, которые должны быть предприняты.

Из 14 предварительно исследованных регламентов арбитражных институтов только регламент МАС МТП содержит положения о том, что состав арбитража после консультации со сторонами может принять определенные процессуальные меры, какие посчитает подходящими, при условии, что они не противоречат любому соглашению сторон.

Предполагается, что состав арбитража может свободно делиться своим мнением со сторонами в отношении истребуемого сторонами средства правовой защиты, вопросов, подлежащих разрешению, весомости и относимости доказательств, представленных сторонами или которые будут получены в процессе разбирательства. Такое мнение состава арбитража не будет рассматриваться как предвзятость или пристрастность состава арбитража и не может само по себе привести к отводу арбитров.

Также, большинство арбитражных регламентов не затрагивают вопросы роли состава арбитража в формировании процедуры и составления акта о полномочиях. Однако, составление арбитрами акта, определяющего полномочия состава суда и круг вопросов, подлежащих рассмотрению в ходе разбирательства, в том числе высказывание арбитрами предварительной оценки

требований, позволяет судить о подготовленности арбитра к делу уже на самых первых этапах арбитражного разбирательства.

Приоритет документальных доказательств

Должна быть презумпция того, что арбитражное разбирательство должно проводиться только на основе документов в той степени, насколько это разрешено применимым правом. Однако, состав арбитража должен быть наделен широкими полномочиями разрешать или отказывать в допросе свидетелей по спорным вопросам.

Ограничение по истребованию документов

По общему правилу, не является допустимым истребование документов, в виду того, что каждая сторона несет свое бремя доказывания. Не стоит вменять в обязанность стороне раскрытие другой стороне всех доказательств, имеющих отношение к делу. Однако, сторона может заявить ходатайство составу арбитража об истребовании конкретного и надлежащим образом идентифицированного документа (-ов), который относится к делу и является существенным для разрешения определенного вопроса, и который сторона не может получить самостоятельно.

Ограничение в отношении свидетелей факта и использование экспертов, назначенных составом арбитража

Состав арбитража должен обладать широкими полномочиями по решению вопросов относительно необходимости предоставления определенных свидетельских показаний, а также формы их представления. У состава арбитража должны быть широкие полномочия по назначению экспертизы и с этой целью назначить эксперта состава арбитража. При этом состав суда должен взаимодействовать со сторонами по определению и разрешению вопросов, подлежащих исследованию экспертом, требований к экспертам, потенциальных кандидатур и т.д.

Обязанность состава арбитража помогать сторонам в достижении мирового соглашения

Одной из функций арбитра является быстрое и эффективное разрешение возникшего спора, в том числе, путем содействия сторонам в заключении мирового соглашения. Принимая это во внимание, не должно рассматриваться ненадлежащим стремление состава арбитража в изложении предварительных соображений в отношении соответствующих дел сторон, при условии, что обе стороны выразили на это свое согласие.

Предлагаемые Пражские правила могут быть применены для восполнения пробелов в регулировании арбитражного процесса и порядка предоставления доказательств путем указания на применение Пражских правил в арбитражном соглашении; по соглашению сторон при обращении в арбитраж либо при

составлении акта о полномочиях; составом арбитража по собственной инициативе после консультаций со сторонами; путем включения ссылки на Пражские правила в арбитражный регламент арбитражного института (методические рекомендации).

Таким образом, имплементация принципов инквизиционного процесса арбитражем поможет избежать ненужных процессуальных задержек, будет способствовать большей предсказуемости процедуры арбитражного разбирательства, эффективности и приемлемости арбитража для разрешения мелких и средних споров.

ТОЛКОВАНИЕ КОНТРАКТОВ: МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

Юлия Черных[414]

При рассмотрении дел в международном арбитраже нередко возникает необходимость толкования тех или иных положений контракта. Несмотря на то, что толкование контракта, несомненно, является вопросом, относящимся к существу спора, оно затрагивает и многие процессуальные аспекты. Тесно связаны с толкованием вопросы бремени доказывания, организации пояснений сторон, допустимости доказательств, принятия во внимание свидетельских показаний, допустимости и оценки экспертных заключений по вопросам содержания иностранного права и т.п.

В украинской юридической литературе вопрос толкования контракта в контексте международного арбитража не исследован. В данной статье рассматриваются некоторые вопросы значения материального и процессуального права в толковании контракта в международном арбитраже.

Какое право применимо?

Нормы международного частного права определяют как применимое материальное право к контракту,[415] так и объем его применения. Согласно статье 33 Закона Украины «О международном частном праве» толкование сделки, а также вопросы ее действительности и правовые последствия недействительности регулируются применимым к контракту правом. Подобные положения действуют и в других юрисдикциях.[416]

Насколько различно право государств в регулировании вопросов толкования контракта могут проиллюстрировать сложности, возникшие в процессе

---

[414] **Юлия Сергеевна Черных** – преподаватель Университета Осло (Норвегия), арбитр МКАС при ТПП Украины, советник ЮК "Arbitrade".

[415] Определение арбитрами применимого права при отсутствии выбора сторонами, подчинено арбитражным правилам и закону места арбитража. Статья 14 Арбитражный регламент МКАС при ТПП Украины содержит норму, подобную ст.33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 года, устанавливающую, что при отсутствии выбора сторон, применению подлежит право определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые арбитраж сочтет применимыми. Данный подход является примером так называемого «непрямого» определения права, или "*voie indirecte*". Вместе с тем, новая редакция Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 года (статья 35), равно как и арбитражные регламенты таких европейских арбитражных центров, как, например, Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма (статья 27), Венский арбитражный центр (статья 27), Арбитражный суда Международной торговой палаты (статья 21), содержат положение о непосредственном определении применимого права арбитрами, минуя коллизионные нормы. Следует отметить, что несмотря на возможность непосредственно определять применимое право ("*voie directe*"), при определении подобным образом применимого права неизбежно учитываются насколько связаны отношения с определенной правовой системой.

[416] Например, часть 1 статьи 12 Регламента ЕС №593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 года о праве, применимом к договорным обязательствам предусматривает, что правом, применимым к договору согласно данному Регламенту, регулируется также и вопрос толкования *(Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) – article 12(1)(a)).*

выработки единого подхода к толкованию договоров при попытках гармонизации гражданского и, отдельно, договорного права в рамках Европейского Союза.[417] Эти попытки выявили существенные расхождения не только между правовыми системами, но и между правом государств, принадлежащих к одной правовой системе. Если описать кратко существо расхождений, то оно заключается в преобладании субъективного или объективного подхода к установлению воли сторон[418], объема допустимых доказательств[419], а также допустимости вмешательства суда или арбитража в коррекцию несправедливых положений договора.[420]

Вместе с тем, некоторыми комментаторами высказывается предположение, что, несмотря на существующие отличия в регулировании вопросов толкования контракта, итог толкования в большинстве будет тем же. Подобный результат, безусловно, может иметь место в определенных случаях, особенно учитывая коммерческие контракты, где стороны, следуя английской договорной практике, довольно детально регулируют все вопросы контракта, сводя в большинстве случаев его толкование к текстуальному прочтению. Тем не менее следует отметить, что мнение о едином результате толкования вне зависимости от применимого права является поверхностным и не учитывает многообразия правового регулирования толкования контрактов в праве различных государств. К примеру, норвежское право дает возможности суду или международному арбитражу при определенных обстоятельствах таким образом истолковать контракт, чтобы исправить очевидный и несправедливый дисбаланс в правах и обязательствах сторон[421], в то время как английское право зачастую избирается именно из-за довольно жесткой приверженности к соблюдению воли сторон, выраженной в тексте договора. До тех пор, пока полный глобальный сравнительный анализ правового регулирования толкования договоров разных юрисдикций

---

417 Сложности в гармонизации были глубоко обсуждены и изучены при работе над Принципами европейского контрактного права (Principles of European Contract Law – PECL), Проекта общей системы подходов (Draft Common Frame of Reference – DCFR) и проекта Общеевропейского закона о торговле (Common European Sales Law). Больше о различиях в подходах к толкованию контрактов см Gerard McMeel, Hans Christoph Grigoleit, 'Interpretation of Contracts' in Gerhard Dannemann, Stefan Vogenauer, *The Common European Sales Law in Context* (OUP 2013) 372.

418 Считается, что континентальная система права тяготеет к установлению субъективного волеизъявления сторон, в то время как англосаксонская к объективному установлению волиизъявления сторон. См, к примеру, C Valcke, 'Contract Interpretation at Common Law and Civil Law: An Exercise in Comparative Law Rhetoric' in J. Neyers, R. Bronaugh, S. Pitel, Exploring Contract Law (Oxford: Hart 2009); Jacques H. Herbots, "Interpretation of Contracts" in The Elgar Encyclopedia of Comparative Law (2nd ed. Elgar 2006) 446–447; Giuditta Cordero Moss, "Lectures on Comparative Law of Contracts" (2004) 166 Publications Series of the Institute of Private Law, University of Oslo 1.

419 Английское право, в отличие от права многих стран континентальной правовой системы, для установления содержания письменных положений контракта ограничивает возможность применения доказательств по переговорам, предшествующим заключению контракта, а также доказательств по поведению сторон после заключения контракта.

420 Например, право Швеции и Норвегии.

421 Geir Woxholth, Avtalerett i et nøtteskall, 3.utgave, Gyldendal Juridisk, 2017, 215-221.

не осуществлен[422], а сравнение некоторых правовых систем выявляет существенные отличия, имеющие значение для результата толкования, остается констатировать, что значение применимого права в толковании договора нельзя недооценивать. Даже наиболее детально и качественно прописанный договор, в том числе имеющий детальные положения по его толкованию, не оторван от применимого права, и должен быть истолкован исходя прежде всего из того, насколько широко применимое право определяет автономию воли сторон и как применимое право непосредственно регулирует вопросы толкования.

Регулирует ли Венская конвенция вопросы толкования контракта?

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года (далее – «Венская конвенция») получила широкое применение в практике МКАС при ТПП Украины,[423] в связи с чем актуальным является вопрос возможности ее применения к вопросам толкования договоров международной купли-продажи товаров.

В настоящий момент Венская конвенция насчитывает 87 участников. Последними присоединились к Конвенции Вьетнам, Азербайджан и Коста-Рика.[424] Это безусловно меньше, чем участников Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнении иностранных арбитражных решений, к которой присоединилось 157 участников,[425] однако, учитывая сложности в кодификации материально-правовых норм, а также широкие основания для ее применения[426], это однозначный успех. Украина является участником Венской конвенции с 1991 года.[427]

Успех Венской конвенции среди прочего связан также с тем, что она достаточно гибко подходит к вопросам возможности дополнительного применения

---

[422] Безусловно, существует множество работ по сравнению регулирования толкования в праве нескольких государств, более детально исследован вопрос сравнительного регулирования в рамках Европейского союза при создании Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, а также при попытках гармонизации гражданского права в рамках ЕС. Этим в настоящий момент исчерпываются попытки более широкого сравнительного исследования в области толкования контрактов. О методических сложностях сравнения правового регулирования в толковании контракта см Van Hoecke M, "Deep Level Comparative Law" in Van Hoecke M. (eds), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004) 165-195.

[423] Некоторые примеры практики МКАС при ТПП Украины, в том числе с применением Венской конвенции, размещены на официальном сайте суда http://arb.ucci.org.ua/icac/ru/practice.html.

[424] Согласно информации с официального сайта ЮНСИТРАЛ состоянием на 24 июля 2017 года http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_ goods/1980CISG_status.html

[425] Согласно информации с официального сайта ЮНСИТРАЛ состоянием на 24 июля 2017 года http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

[426] Как известно, основания для применения Венской конвенции определены в статье 1:

«1) Настоящая Конвенция применяется к договорам купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах:

a) когда эти государства являются Договаривающимися государствами; или

b) когда согласно нормам международного частного права применимо право Договаривающегося государства».

[427] Указ Президиума Верховного Совета Украинской РСР «О присоединении Украинской Советсткой Социалистической Республики к Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров» № 7978-XI от 23 августа 1989 года. Для Украины Венская конвенция вступила в силу 1 февраля 1991 года.

национального права. Существует три случая, при которых субсидиарному применению подлежит национальное право, а не Венская конвенция:

1. статья 6 Венской конвенции прямо предоставляет сторонам договора возможность отступить от ее положений – в целом или в определенной части;

2. национальное законодательство применяется к вопросам, которые не урегулированы Венской конвенцией и не могут быть разрешены на основании ее общих принципов;

3. национальное законодательство применяется к вопросам, не урегулированным Венской конвенцией, но урегулированным договором, в том числе, и к действительности таких положений.

Несмотря на частоту применения Венской конвенции в отношении международных договоров купли-продажи, в литературе отсутствует единое мнение относительно того, какие же правовые нормы применяются для толкования контракта в случае применения Венской конвенции. Иными словами, регулирует ли Венская конвенция вопросы толкования контракта.

Неоднозначность вызывает формулировка в статье 8 Венской конвенции, определяющая порядок толкования не для ожидаемого большинством «договора», а для «заявления и иного поведения сторон». Мнения расходятся в том, как следует понимать «заявления и иного поведения сторон», и возможно ли применение данной статьи к толкованию заключенного сторонами договора. Например, такие авторы, как Fritz Enderlein и Dietrich Maskow утверждают, что данная статья применяется к толкованию контракта, который является результатом односторонних действий сторон – например, оферты и акцепта. Если же контракт был разработан сторонами совместно, по мнению этих авторов следует считать, что обе стороны сделали одновременные – и идентичные – заявления относительно всего текста контракта и каждого отдельно взятого положения.[428] Также Donald J. Smythe считает, что применение различающихся норм национального права к вопросам толкования является крайне нежелательным с точки зрения целей Венской конвенции, которая была призвана создать единый режим правового регулирования для всех стран, присоединившихся к конвенции. По мнению автора, все вопросы толкования контракта должны разрешаться либо исходя из прямых положений Венской конвенции о толковании, либо исходя из ее общих принципов.[429] По мнению же автора Christina Ramberg, Венская конвенция не содержит указаний относительно толкования контракта,

---

[428] Enderlein Fritz, Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary* (New York: Oceana, 1992).

[429] Donald J. Smythe, 'Reasonable Standards for Contract Interpretation Under the CISG' (2016) California Western School of Law Research Paper No. 17-2 [Электронный ресурс] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2843786> (дата обращения: 10 июля 2017).

и в таком случае подлежат применению общие правила толкования контракта.[430] Подобного мнения придерживаются и некоторые другие авторы.[431]

Использование ссылки на «заявление и иное поведение сторон» в статье 8 Венской конвенции действительно вносит некую неопределенность касательно объекта толкования. В остальном же положение представляет собой определенный компромисс между континентальной системой права, где толкование осуществляется с точки зрения субъективного намерения сторон, и англосаксонским правом, где принимается во внимание лишь объективное волеизъявление сторон. Статья отдает приоритет в толковании к намерению сторон и обоюдному пониманию данных намерений, при определении которых принимаются во внимание как критерий разумности, так и всевозможные обстоятельства:

«1) Для целей настоящей Конвенции ***заявления и иное поведение*** *стороны толкуются в соответствии с ее намерением, если другая сторона знала или не могла не знать, каково было это намерение.*

2) Если предыдущий пункт не применим, то заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с тем пониманием, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах.

3) При определении намерения стороны или понимания, которое имело бы разумное лицо, необходимо учитывать все соответствующие обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон».

Ни общие нормы, регулирующие толкование международных договоров (статья 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года), ни специальная статья самой Венской конвенции по ее толкованию, не дают возможности четко и однозначно установить, что имеется ввиду под «заявлением и иным поведением стороны». Однозначный ответ находится в подготовительных работах (*travaux preparatoire*) к Венской конвенции, которые возможно применить на основании статьи 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года как дополнительное средство толкования международного договора.

Подготовительные работы к Венской конвенции указывают на то, что во время составления текста конвенции предполагалось, что положения статьи 8 будут непосредственно применяться и к толкованию договора международной купли-продажи товара. Например, комментарий к проекту конвенции, подготовленный секретариатом ЮНСИТРАЛ, поясняет, что с точки зрения

---

[430] Christina Ramberg, "The Legal Practitioners" Problems in Finding the Law Relating to CISG – Hardship, Defect Goods and Standard Terms' (2012) Scandinavian Studies in Law;

[431] Joseph M. Perillo, 'Editorial remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement CISG Article 8'[Электронный ресурс] <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni8.html> (дата обращения: 10 июля 2017); Maja Stanivukovi, "Editorial remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement CISG Article 8" (2004) Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003, 327-333 [Электронный ресурс] <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni8.html> (дата обращения: 10 июля 2017).

составителей конвенции заключенный сторонами контракт является результатом действий сторон – оферты и акцепта, и поэтому подпадает под правила толкования, содержащиеся в соответствующей статье[432]:

«1. Статья 7 о толковании содержит правила, используемые для толкования значения любого заявления и иного поведения стороны, которое входит в сферу применения данной Конвенции. Толкование заявлений и поведения стороны может быть необходимо для определения того, был ли заключен контракт, содержания контракта, либо значения уведомления или иного действия стороны в исполнение контракта или в отношении его прекращения.

2. Статья 7 содержит правила, применимые в отношении толкования односторонних действий каждой стороны, то есть, сообщений о предлагаемом контракте, оферты, акцепта, уведомлений и т.д. Тем не менее, статья 7 также применима к толкованию «контракта» и тогда, когда контракт содержится в едином документе. С аналитической точки зрения, данная Конвенция рассматривает такой контракт как воплощение оферты и акцепта. Следовательно, для целей определения того, был ли контракт заключен, а также для целей толкования контракта, контракт считается результатом двух односторонних действий».[433]

Таким образом, несмотря на разночтения в литературе, подготовительные работы к статье 8 Венской конвенции свидетельствуют, что разработчики Венской конвенции планировали применение данного положения к толкованию договора. Данный подход является оправданным, поскольку способствует единообразию применения Венской конвенции. Практика государственных и арбитражных судов отражает такую же интерпретацию статьи 8, которая регулярно применяется судами к толкованию заявлений и поведения сторон, относящихся к заключению, исполнению и расторжению контрактов, а также договора в целом.[434]

Таким образом, преобладающей является все же та точка зрения, что толкование контракта регулируется критериями, содержащимися в Венской конвенции, а национальное право применяется только в том случае, если стороны прямо исключили применение Венской конвенции в целом либо статьи 8 Венской конвенции в частности.

Какое значение процессуальных норм при толковании контракта?

Толкование контракта туго вплетено в вопросы доказывания, которые в контексте невозможности пересмотра арбитражного решения по сути, приобретают дополнительную актуальность в международном арбитраже.

---

[432] На момент составления данного комментария, речь шла о статье 7 проекта Венской конвенции, которая вошла в окончательный текст Венской конвенции под номером 8.

[433] Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sales of Goods, prepared by the Secretariat (A/CONF.97/5) of 14 March 1979.

[434] ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (2012 г.) <http://www.uncitral.org/pdf/russian/clout/CISG-digest-2012-r.pdf> (дата обращения: 10 июля 2017 года).

Ограничения материального права по допустимым доказательствам при толковании контракта могут привести к определенным коллизиям с основами арбитражного процесса по праву представления своей позиции. Нельзя забывать о том, что нарушение норм процессуального права может в определенных случаях являться основанием для возможной отмены решения, особенно тогда, когда вопрос толкования выходит за рамки материального права.

Многие вопросы, изначально определенные как вопросы материального права, могут приобретать процессуальную окраску. Примером подобной «серой зоны» вопросов, относящихся как к материальному, так и к процессуальному праву, является *"parole evidence rule."*[435] В общих чертах, данное правило гласит, что при условии существования письменного контракта между сторонами не допускаются иные доказательства, противоречащие тексту контракта. Например, не допускаются доказательства, относящиеся к предшествующим переговорам, свидетельские показания и т.п. Данное правило характерно для юрисдикций англосаксонской правовой системы и относится к материальному праву – однако неизбежно влияет и на вопросы процессуального права. Неким аналогом данной нормы могут быть положения Гражданского кодекса Украины, в статье 218 (1) определяющие недопустимость показаний свидетелей при несоблюдении обязательной письменной формы сделки.

Проблемы, которые могут возникать вследствие существования подобной «серой зоны», в полной мере были проиллюстрированы в деле Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма №6238-10.[436] В данном деле стороны согласовали применение к контракту материального права штата Нью-Йорк, которое включает в себя и *parole evidence rule.* На этом основании единоличным арбитром в деле не были допущены свидетельские показания. Ответчик попытался добиться отмены решения в Апелляционном суде Свеаланда. Поскольку лишь нарушения процессуального характера могут являться основанием для отмены, ответчик заявил, что непринятие арбитром свидетельских показаний являлось процессуальным нарушением, которое не позволило ему представить свою позицию в арбитраже и повлияло на исход дела. Позиция ответчика основывалась на том, что согласно шведскому праву, которое применялось к процессуальным вопросам в данном деле как право места арбитража, вопрос допустимости доказательств является процессуальным вопросом.

Апелляционный суд Свеаланда отказал ответчику, оставив арбитражное решение в силе. По мнению суда, единоличный арбитр не допустил нарушений процессуального права, так как стороны прямо согласовали применение права штата Нью-Йорк, и во время заключения контракта должны были быть

---

[435] «Согласно данному правилу, если стороны зафиксировали свой договор в письменной форме, все предыдущие устные договоренности входят в письменный документ, и зафиксированный в письменном виде контракт не может быть изменен путем устных показаний, если не заявлено об ошибке либо мошенничестве при подготовке текста» – Henry Campbell Black, Black's Law Ditionary (Abridged 5th ed., West Publishing Co 1983).

[436] Judgment of the Svea Court of Appeal, 24 February 2012, Case No. T 6238-10 [Электронный ресурс] <https://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89 & cat=95791 & docId=1767474 & propId=1578> (дата обращения: 10 июля 2017).

осведомлены о том, что выбранное ими материальное право исключает допустимость свидетельских показаний для толкования контракта.

Тем не менее, применение *parole evidence rule* в арбитраже не является однозначным. Существует мнение, что правила допустимости доказательств, содержащиеся в контексте той или иной юридической и судебной системы, не применимы в международном арбитраже. Согласно этому мнению, в арбитраже более уместно применение широкой дискреции арбитров при оценке допустимости и значимости доказательств, которая и предусмотрена большинством арбитражных регламентов, без привязки к правилам той или иной юрисдикции.[437]

На практике арбитры, рассматривающие вопросы толкования контрактов, подчиненных английскому праву, зачастую принимают доказательства, которые не считаются допустимыми с точки зрения *parole evidence rule,* на основании применимого процессуального права и дают им соответствующую оценку. Поддержку такого подхода можно также найти в литературе.[438]

В контексте вопросов применимого права необходимо также отметить принцип «*iura novit curia*» («суд знает законы», иными словами, принцип, подразумевающий, что стороны не обязаны доказывать суду существование и действие той или иной правовой нормы). Этот принцип предполагает, что арбитры не ограничены аргументами сторон и могут самостоятельно исследовать правовые вопросы, в том числе и применимого права, касающиеся толкования контракта.[439] В то же время, принцип справедливого и равного отношения к сторонам требует, чтобы арбитры предоставили сторонам возможность высказаться по любому вопросу или аргументу, являющемуся основанием для принятия решения. В случае, если, например, арбитры считают, что существенное значение в толковании контракта и исходу дела имеет определенная правовая норма, на которую ни одна из сторон не ссылалась, было бы справедливым обратить внимание обеих сторон на норму и предложить прокомментировать. В некоторых делах арбитры могут счесть необходимым предложить сторонам прокомментировать определенный вариант толкования, который не был озвучен ни одной из сторон.[440] Безусловно, возможность подобного поведения арбитров зависит от особенностей дела и значимости толкования. В определенных делах может существовать довольно тонкая грань между активным исполнением своего мандата арбитрами и соблюдением равного и справедливого отношения к сто-

---

[437] *Erik Mårild,* 'Oral presentation of evidence and the application of the parol evidence rule in international arbitration' (2013) 24:2 The American Review of International Arbitration, 325-333.

[438] Julian D.M.Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 560.

[439] Veit Öhlberger, Jarred Pinkston, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality in AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION 2016 [101] (Klausegger, Klein, Kremslehner, Petsche, Pitkowitz, Power, Welser & Zeilereds., 2016).

[440] В деле инвестиционного арбитража Lao Holdings N.V. v the Lao People's Democratic Republic ICSID Case No ARB (AF) 12/6 состав предложил сторонам высказаться по возможности определенного толкования, которое раннее не озвучивалось ни одной из сторон. Впоследствии необходимость в толковании спорного пункта мирового соглашения отпала.

ронам. Нарушение этой грани, в свою очередь, также может привести к обжалованию и возможной отмене решения.[441]

В случае же использования экспертных мнений касательно содержания иностранного права следует делать четкие различия между доказательной силой пояснений эксперта по содержанию иностранного права и компетенцией арбитражного суда по толкованию контракта. Ни эксперты, назначенные арбитражным судом, ни эксперты, привлеченные сторонами, не могут перебирать на себя исключительные функции арбитров. Толкование контракта является частью компетенции арбитражного суда.

Помимо указанных процессуальных вопросов, имеющих непосредственное значение для толкования контракта, серьезное значение имеет бремя доказывания. Сторона, ссылающая на определенное понимание контракта для обоснования своего требования или для защиты, несет бремя доказывания обоснованности подобного понимания. Часто именно на бремя доказывания ссылаются арбитры, говоря о том, что сторона, предложившая некое экстравагантное толкование, не исчерпала бремени доказывания. Бремя доказывания своеобразным образом стоит на страже текстуального и наиболее естественного значения договора.

Как бы велико не было значение материального права, процессуальные аспекты имеют серьезное значение для толкования договоров. Их значение особенно велико в международном арбитраже, не допускающем пересмотра решения по существу.

Выводы

Таким образом, можно заключить, что вопрос толкования контракта в международном арбитраже является сложной и не до конца исследованной темой. Толкование не является вопросом простого анализа текста контракта, дезинтегрированного от применимого права – как материального, так и процессуального. Толкование договора представляет собой однозначно вопрос правового характера. В большинстве случаев, к толкованию контракта применяется национальное право, применимое к самому контракту. Право разных стран может существенным образом отличаться в регулировании толкования контракта.

В случае применения Венской конвенции наиболее распространенной точкой зрения, и несомненно, предпочтительной с точки зрения ее единообразного применения, является применение статьи 8 конвенции к толкованию контрактов. Применение статьи 8 Венской конвенции не предполагает субсидиарного применения национальных норм. Вместе с тем, некоторые авторы настаивают на неприменимости статьи 8 Венской конвенции к толкованию контакта, что может вносить некую неопределенность и, более того, конфликтность с намерениями разработчиков Венской конвенции, стремившихся урегулировать вопросы как толкования самой конвенции, так и толкования договоров непосредственно в самой конвенции.

---

[441] Anna P. Mantakou, "The Misadventures of the Principle Jura Novit Curia in International Arbitration – A Practitioner's Approach" (2014) Essays in Honour of Spyridon VI. Vrellis 487-498.

С определенностью можно сказать, что вопрос толкования не лежит в плоскости исключительно материального права. Помимо применимого материального права, процесс толкования контракта затрагивает и массу процессуальных аспектов, включая допустимость доказательств, организацию пояснений сторон, использования экспертного мнения для установления содержания норм иностранного права и т.п. Более того, как показывает дело Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма №6238-10, иногда один и тот же вопрос может регулироваться нормами как применимого материального, так и процессуального права, приводя к определенным коллизиям. Несмотря на невозможность пересмотра решения арбитража по существу, в том числе и в вопросе толкования контракта, серьезное нарушение норм процессуального права при толковании может являться основанием для обжалования и последующей отмены решения.

В заключение следует подчеркнуть, что при разрешении вопросов толкования договора в арбитраже как арбитры, так и стороны не должны забывать о применимом материальном праве и о рисках, связанных с возможным нарушением процессуальных норм.

ОСОБЕННОСТИ РАССМОТРЕНИЯ СТРОИТЕЛЬНЫХ СПОРОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Владимир Яремко[442]

Юристы, занимающиеся международным коммерческим арбитражем, часто должны углубляться в особенности индустрии, в которой между участниками рынка возник спор. Это касается как представителей сторон, так и арбитров. Ряд арбитражных учреждений создан и «специализируется» на рассмотрении узкого круга споров, возникающих из правоотношений в конкретной сфере. Так, в международной торговле сырьевыми товарами часто используются правила и условия, разработанные в рамках Международной ассоциации торговли зерном и кормами (GAFTA) и Федерации ассоциаций торговли маслами, семенами и жировой продукцией (FOSFA). Международные споры по таким контрактам не редко рассматривают, специально созданные в рамках GAFTA и FOSFA, учреждения. Спортивные споры рассматривают по правилам тех или иных национальных и международных спортивных ассоциаций, а далее – согласно арбитражных процедур Спортивного арбитражного суда в Лозанне, Швейцария (CAS).

В этом ракурсе, не случайно при Торгово-промышленной палате Украины (ТПП Украины) помимо Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС), еще в 1994 году была создана Морская арбитражная комиссия (МАК). МАК – самостоятельное постоянно действующие арбитражное учреждение для рассмотрения споров, возникающих из договорных и других гражданско-правовых отношений при осуществлении торгового мореплавания.

Статья посвящена особенностям международных арбитражных споров, возникающих при строительстве тех или иных объектов. Международная практика подтверждает, что такие споры, особенно те, которые касаются строительства больших инфраструктурных объектов (дорог, мостов, аэропортов, стадионов, тоннелей, объектов портовой инфраструктуры), имеют свои отличительные черты.

Следует отметить, что украинское законодательство не только не запрещает, а прямо предусматривает возможность рассмотрения в международном коммерческом арбитраже споров, которые возникают из договоров строительного подряда. Так, согласно статье 2 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», «*термин коммерческий толкуется широко и охватывает вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, – как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают такие сделки, не ограничиваясь ими:* (…) *инжиниринг; строительство промышленных объектов* (…)». Регламент МКАС при ТПП Украины в части 1 статьи 1 предусматривает, что «*к компетенции МКАС относятся, в частности, споры,*

---

[442] **Владимир Яремко,** FCIArb, старший юрист, адвокат, Sayenko Kharenko

вытекающие из отношений торгового характера, включая следующие сделки и не ограничиваясь ими: (…) *выполнение работ, оказание услуг,* (…) *сооружение промышленных и иных объектов* (…)».

Статистика популярных международных арбитражных учреждений подтверждает, что значительную часть споров, которые они рассматривают, составляют споры в сфере строительства. Например, споры, возникшие из строительных контрактов (15 споров), находятся на четвертом месте по количеству (после споров по договорам поставки – 50, контрактов о предоставлении услуг – 38, из договоров о «приобретении бизнеса» – 25), которые были зарегистрированы Арбитражным институтом при Торговой палате города Стокгольма (SCC) в 2016 году[443]. По статистике Лондонского суда международного арбитража (LCIA) в этом же году 16,20% инициированных споров относились к индустрии строительства и инфраструктуры[444]. Согласно отчета Сингапурского международного арбитражного суда (SIAC) за 2016 год, споры, возникшие в секторе строительства и инжиниринга, также среди «лидеров»: 16% от всех споров, инициированных в этом году.[445] Примечательно, что процентное соотношение споров в сфере строительства является значительным и в инвестиционном арбитраже. К примеру, согласно отчета Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ICSID) за 2016 год, количество начатых дел, возникших из инвестиционных правоотношений именно в строительной сфере, составило 9%[446].

Согласно статистике МКАС при ТПП Украины с 2011 по 2016 год ежегодно на рассмотрение арбитражного суда передавалось около 5–10 споров в сфере подряда/выполнения работ[447].

В мировой практике значительна часть международных строительных споров возникает из договоров, которые составлены на основе **типовых контрактов Международной организации инженеров-консультантов** (Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils – фр., FIDIC). Хотя стороны вправе использовать и другие формы контрактов, именно типовые условия FIDIC чаще всего встречаются в строительстве больших инфраструктурных объектов. Их успешно используют при реализации строительных проектов по всему миру. И хотя использование контрактов FIDIC для Украины, скорее всего, является пока что исключением из правил, нежели закономерностью, актуальность использования контрактов FIDIC в Украине возрастает с каждым годом. Особенно это касается сферы дорожного строительства. К примеру, Закон Украины «О внесении изменений в некоторые

---

443 SCC STATISTICS 2016 // available at: http://www.sccinstitute.com/statistics/

444 The London Court of International Arbitration – 2016: A ROBUST CASELOAD // available at: http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx

445 SIAC Annual Report 2016 // available at: http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_AR_2016_24pp_WEBversion_edited.pdf

446 ICSID Annual Report 2016 // available at: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_AR16_English_CRA_bl2_spreads.pdf

447 Отчеты МКАС при ТПП Украины за 2012 – 2015 годы // доступно по ссылке: http://arb.ucci.org.ua/icac/ru/report.html

законы Украины о реформировании системы управления автомобильными дорогами общего пользования» от 17.11.2016 №1764-VIII предусматривает, кроме всего прочего, «*с целью активизации инвестиционной деятельности, повышения качества и эффективности дорожного строительства при строительстве и реконструкции автомобильных дорог могут применяться принципы и условия контрактов Международной федерации инженеров-консультантов (FIDIC) в порядке, который утверждается Кабинетом Министров Украины*». «Требования по проведению контроля качества работ по новому строительству, реконструкции и ремонту автомобильных дорог общего пользования», утвержденные Постановлением Кабинета Министров Украины от 28 декабря 2016 №1065, фактически вводят понятие инженера-консультанта как участника строительного процесса, определяя его как «*лицо, предоставляющее дорожные консультационные услуги с учетом условий, определенных в контрактах международной федерации инженеров-консультантов FIDIC, или является международным аудитором*».

Контракты FIDIC в первую очередь используются в проектах, реализуемых при поддержке международных финансовых учреждений, таких, как Европейский банк реконструкции и развития, Всемирный банк, Европейский инвестиционный банк и другие. В то же время, все чаще встречается использование контрактов FIDIC и в случаях частного финансирования, когда иностранному частному инвестору, к примеру, хочется строить по более понятным правилам, которые успешно работают по всему миру.

Проформы договоров FIDIC состоят из двух структурных частей: Общие условия и Особые условия. Стороны имеют возможность заключить контракт по FIDIC, который будет отвечать законодательству конкретной страны, поскольку они могут вносить определенные изменения в Общие условия, отображая это в Особых условиях.

Отличительной чертой договоров FIDIC считается закрепленный способ рассмотрения споров. Обычно, если стороны не предусмотрели иное в Особых условиях, он состоит из трех последовательных этапов: (1) инженер, (2) совет по рассмотрению споров (так называемая Dispute Adjudication Board – DAB) и (3) международный арбитраж. Инженер, хотя и не является стороной договора подряда, исполняет согласно нему множество функций, в т. ч. по принятию решений в спорных вопросах. Согласно типовых контрактов FIDIC, стороны могут оспорить решение инженера в определенный строк в DAB. Решения DAB, в свою очередь, можно оспорить в международном коммерческом арбитраже. Контракты FIDIC предусматривают **многоэтапную процедуру рассмотрения споров**. При этом, обращение стороны в арбитраж без предварительного рассмотрения спора инженером и / или DAB несет риск признания таких требований составом арбитражного суда преждевременными в связи с несоблюдением предарбитражной процедуры.

Именно многоэтапный способ рассмотрения споров, в соответствии с контрактами FIDIC, является одной из отличительных черт строительных споров. Еще одна особенность таких споров состоит в том, что **арбитрами не редко**

выступают не только юристы, а также инженеры. Это объясняется тем, что, к примеру, если в состав арбитража входит три арбитра, то наличие технического образования и / или опыта даже у одного из них позволяет такому составу арбитров лучше понимать и рассматривать сложные технические нюансы спора. Действительно, строительные споры примечательны тем, что могут касаться сложных технических вопросов. В связи с этим проведение технической экспертизы в таких спорах не является редкостью.

Большой строительный проект может длиться 3, 5 и даже 10 лет. За это время у сторон практически не может не возникнуть спорных вопросов. Практика показывает, что, как правило, все участники строительного процесса заинтересованы в конструктивном разрешении спорных моментов. Далеко не все спорные вопросы, возникшие во время исполнения договора, доходят до суда или арбитража. В тоже время, уже после завершения проекта, или на его последней стадии, одна или обе стороны договора, не редко, обращаются с иском, включающим множество требований, которые возникли за все время «стройки».

Можно выделить такие **классические требования сторон договора строительного подряда**: о продлении строка выполнения работ, об увеличении бюджета проекта, о принятии объема работ, об оплате объема работ, требования в связи с обязанностями качества работ и гарантийных обязательств, начисление штрафных санкций (к примеру, за просрочку выполнения работ) и о компенсации убытков.

Еще одной особенностью строительных споров является то, что они часто предусматривают необходимость изучения составом арбитража **значительного объема документов**. Только договор подряда со всеми приложениями может включать сотни страниц. В то время как переписка сторон уже во время реализации большого проекта не редко составляет сотни, а то и тысячи писем. Следовательно, для рассмотрения строительных споров, особенно если требования сторон касаются технических вопросов, часто необходимо больше времени, чем обычно. Это является одной из причин, почему именно международный арбитраж более приспособлен для рассмотрения сложных строительных споров, нежели государственные суды.

Круг лиц, которые причастны к тому или иному строительному спору, часто не ограничивается сторонами договора подряда. К примеру, спорные вопросы могут касаться прав и интересов субподрядчиков, поставщиков, кредиторов, инвесторов проекта. Соответствующие правоотношения обычно следуют из отдельных договоров, в которых не редко содержаться разные способы урегулирования споров. Следовательно, для строительного арбитража характерными являются и наличие нескольких судебных/ арбитражных «**параллельных процессов**» и **множественность сторон** таких процессов.

Учитывая особенности строительной отрасли, особенно при реализации больших международных строительных проектов, такой способ разрешения споров, как международный коммерческий арбитраж, обычно является наиболее приемлемым для сторон. Практика и статистика международных арбитражных учреждений это подтверждает.

Для заметок

Для заметок

Для заметок

Научно–практическое издание

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ: ВЫЗОВЫ СОВРЕМЕННОСТИ

Сборник статей и докладов

К 25-летию деятельности МКАС при ТПП Украины и развития международного коммерческого арбитража в Украине

Над выпуском работали:
Селивон Н.Ф.,
Захарченко Т.Г.
Даценко К.О.

Компьютерная верстка и дизайн:
Задворный С.В.

Подписано к печати 21.08.2017. Формат 70x100/16.
Гарн. Minion Pro. Усл. печ. л. 16,00
Печать офсетная. Бумага офсетная. Тираж 500 экз.
Зак. №

Оригинал-макет — издательство «Юридический мир»
02140, г. Киев, ул. Бориса Гмыри, 2, офис 17.
Тел./факс: (044) 219-27-17, e-mail: gazeta@legalweekly.com.ua
http://www.legalweekly.com.ua
Свидетельство о внесении в Государственный реестр издателей, изготовителей и распространителей издательской продукции серия ДК №3842 от 22.07.2010 г.

Отпечатано ПАО «Випол»
03151, Киев, ул. Волынская, 60
Свидетельство о внесении в Государственный реестр
Серия ДК №4404 от 31.08.2012 г.