

**Международный коммерческий арбитражный суд
и Морская арбитражная комиссия
при Торгово-промышленной палате Украины**

**МАТЕРИАЛЫ
II Международных арбитражных
чтений памяти академика
Побирченко И.Г.**

13 ноября 2014 года

Киев 2015

Материалы II Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. Сборник докладов. МКАС при ТПП Украины. – 2015, – 144 с.

В сборник вошли доклады и выступления участников II Международных арбитражных чтений, посвященных памяти академика Побирченко И. Г.

Чтения прошли 13 ноября 2014 года в г. Киеве, Украина.

Доклады размещены согласно программе конференции и изложены в том виде, в котором их представили авторы. Сборник содержит также Резолюцию II Международных арбитражных чтений, которую разработали и одобрили его участники.

Сборник будет полезен для практикующих юристов, судей государственных и третейских судов, арбитров международных арбитражных институтов, специалистов в сфере внешнеэкономической деятельности и международного арбитража, научных работников, преподавателей и студентов юридических вузов.

О Г Л А В Л Е Н И Е

Выступление Председателя Международного коммерческого арбитражного суда и Морской арбитражной комиссии при ТПП Украины Селивона Н.Ф. при открытии II Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г.	5
Вступительное слово заместителя Председателя Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел Червинской М.Е.	7
Захарченко Татьяна (Украина). Обязательность арбитражного соглашения: доктрина и судебная практика	8
Кравчук Геннадий (Украина). Арбитрабельность споров в контексте статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины	15
Храпуцкий Александр (Республика Беларусь). Арбитрабельность по законодательству Беларуси, России и Украины: проблемные вопросы	22
Перепелинская Елена (Украина). Арбитрабельность споров по законодательству Украины: проблемные вопросы	32
Винокурова Людмила (Украина). Доктрина «автономности арбитражной оговорки»	45
Чирич Александр (Сербия). Арбитражное соглашение и принцип «компетенции-компетенции»	53
Дроботова Татьяна (Украина). Основания недействительности арбитражных соглашений. Толкование арбитражных соглашений и позиция государственных судов по этому вопросу	69
Гришко Сергей (Украина). Компетенция по вопросу действительности арбитражного соглашения: сравнительный анализ	75
Подцерковный Олег (Украина). Пределы автономности и действительности арбитражного соглашения	79
Буяновская Ольга (Украина). Юрисдикционные основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, связанные с возражением против действительности арбитражного соглашения и компетенции арбитражного суда	86

Лехтинен Леена (<i>Финляндия</i>). Гибкость арбитражного соглашения	92
Мальский Маркиян (<i>Украина</i>). Руководящие принципы Международной Ассоциацией Юристов по составлению международных арбитражных оговорок	95
Тиммерманс Вим А. (<i>Нидерланды</i>). The New Arbitration Law of The Netherlands	99
Морозова Стелла (<i>Украина</i>). Соотношение арбитражного соглашения и правопорядка, применимого к разрешению споров, возникающих в сфере международной торговли	106
Брых Владимир (<i>Польша</i>). Limitations of state interference in arbitration	111
Черных Юлия (<i>Украина</i>). Альтернативные (опционные) арбитражные оговорки	114
Пильков Константин (<i>Украина</i>). Практика применения многоуровневых оговорок о разрешении споров. Обязательность переговоров, медиации, адьюдикации	118
Кот Алексей (<i>Украина</i>). Патологии арбитражных соглашений и возможность их исправления	123
Войтович Сергей (<i>Украина</i>). Арбитражное соглашение в международном инвестиционном арбитраже	133
Резолюция II Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. по теме «Арбитражное соглашение: базовые принципы и современные тенденции»	139

**ВЫСТУПЛЕНИЕ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ МЕЖДУНАРОДНОГО
КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА И МОРСКОЙ АРБИТРАЖНОЙ
КОМИССИИ ПРИ ТПП УКРАИНЫ СЕЛИВОНА Н.Ф. ПРИ ОТКРЫТИИ
II МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ЧТЕНИЙ ПАМЯТИ
АКАДЕМИКА ПОБИРЧЕНКО И.Г.**

Уважаемые участники конференции!

Мне приятно отметить, что становится доброй традицией проводить ежегодно Международные арбитражные чтения, посвященные памяти организатора украинского международного арбитража академика Игоря Гавриловича Побирченко. Мы придаем им большое значение, ведь речь идет о создании площадки, на которой компетентно обсуждаются самые актуальные вопросы развития международного коммерческого арбитража, генерируются новые идеи и, образно говоря, будет выработываться политика в этой важной сфере как на международном, так и на национальных уровнях. Хочется надеяться, что Чтения станут заметным явлением не только в Украине, но и в мировом арбитражном сообществе. По крайней мере, организаторы чтений будут предпринимать все меры для реализации этой задачи.

Значимость нынешних Чтений обусловлена еще одним обстоятельством. Как известно, этот год для Украины особенный. Наше государство функционирует в настоящее время в условиях аннексии части его территории и развязанного извне военного конфликта на Востоке страны, в Донецкой и Луганской областях. Проведение в таких условиях запланированных заранее Чтений придает им особую весомость, поскольку является одним из доказательств того, что государственный механизм, гражданское общество в Украине действуют в нормальном режиме, обстановка в стране, кроме указанных областей, нормальная. В этом смогли убедиться наши зарубежные гости, приехавшие в Киев. Искренняя вам признательность и благодарность за поддержку и выражение солидарности с украинским народом.

Хочу сообщить, что созданные при ТПП Украины арбитражные институты успешно выполняют возложенные на них функции, о чем, в частности, свидетельствует значительное, по сравнению с прошлым годом, увеличение количества дел, принятых МКАС в 2014 году.

На первых Чтениях я отмечал одну позитивную особенность конференции – органичное участие в Чтениях представителей науки и специалистов – практиков, осуществляющих свою деятельность в сфере международного арбитража. Эта тенденция сохраняется. По данным секретариата, в Арбитражных чтениях принимают участие более 100 участников, среди которых представители академической и вузовской науки, корпоративные юристы, представители бизнесовых структур, юридических фирм, адвокаты, практикующие в области внешнеэкономической деятельности и международного коммерческого арбитража, представители региональных торгово-промышленных палат, арбитры МКАС и МАК при ТПП Украины, студенты юридических факультетов киевских вузов.

Очень важно активное участие в Чтениях представителей судебной власти Украины, что указывает на внимание государства, в лице судебной ветви государственной власти, к развитию международного арбитража в Украине. В частности, это Председатель и заместитель Председателя Высшего хозяйственного суда Украины, заместитель Председателя Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, судьи местных и апелляционных судов и др., что придает конференции особый интерес и практическую значимость.

Учитывая опыт проведения подобных конференций, и с целью сосредоточения внимания участников на одной проблематике, организаторы Чтений вынесли на обсуждение одну тему: «Арбитражное соглашение: базовые принципы и современные тенденции». Как известно, арбитражное соглашение как добровольный договор двух субъектов на передачу спора в арбитраж является краеугольным камнем каждого арбитражного разбирательства. Образно говоря, данное соглашение – это и предтеча арбитража, и соглашение, которое определяет дальнейшую арбитражную процедуру и, в конце концов, судьбу арбитражного решения, его признание и исполнение. Поэтому обращение к этой проблематике не только оправдано, но и необходимо для теории и практики международного арбитража, да и судебной практики в Украине тоже. В связи с этим не могу не повторить, как очень позитивный момент, активное участие представителей судебной власти и, прежде всего, Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, и Высшего хозяйственного суда Украины в Чтениях. Представляется, что двадцать докладчиков из Украины, Беларуси, Нидерландов, Польши, Сербии и Финляндии на 4-х сессиях, а также активное обсуждение в прениях позволит глубоко и всесторонне осветить данную проблематику и выработать соответствующие рекомендации. По итогам обсуждения планируется принять Резолюцию II Международных арбитражных чтений.

Желаю плодотворного обсуждения и выработки нужных рекомендаций, а гостям г. Киева – также приятного и полезного пребывания в столице нашей страны.

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО ЗАМЕСТИТЕЛЯ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ ВЫСШЕГО СПЕЦИАЛИЗИРОВАННОГО СУДА УКРАИНЫ ПО РАССМОТРЕНИЮ ГРАЖДАНСКИХ И УГОЛОВНЫХ ДЕЛ ЧЕРВИНСКОЙ М.Е.

*Уважаемые организаторы и участники Арбитражных чтений!
Дамы и господа!*

Проведение II Международных арбитражных чтений памяти академика И. Г. Побирченко стало знаковым и уже традиционным событием в юридическом сообществе, поскольку объединяет отечественных и зарубежных учёных и практиков – специалистов в сфере арбитражного процесса, гражданского и коммерческого права, гражданского и хозяйственного процесса.

Заявленная тема чтений «Арбитражное соглашение: базовые принципы и современные тенденции» и предложенные для рассмотрения вопросы разнообразны, но неизменно актуальны и несомненно имеют научный и практический интерес.

Для современного законодательства в сфере регулирования международного коммерческого арбитража, в том числе и арбитражного соглашения, с учётом его значимости и несмотря на глобальный характер, характерно неоднозначное его толкование участниками арбитражного соглашения, арбитрами, судьями, адвокатами, учёными.

Убеждена, что сегодняшний щедрый обмен идеями, тезисами и аргументами, пусть даже с использованием острой полемики, откроет новые возможности для совершенствования институций современного международного коммерческого арбитража, станет отправной точкой для научных идей, очертит основные направления совершенствования норм законодательства, а также добавит ещё одну страничку в историю развития альтернативных процедур урегулирования и разрешения правовых споров в Украине.

Благодарю за внимание и желаю всем нам интересной и продуктивной работы!

ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ: ДОКТРИНА И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

*Захарченко Татьяна (Украина),
Заслуженный юрист Украины, заместитель Председателя МКАС
и МАК при ТПП Украины*

Ни одно арбитражное разбирательство не может состояться без заключенного сторонами спора арбитражного соглашения.

В доктрине неоднократно указывалось на сложную правовую природу арбитражного соглашения, которое, с одной стороны, являясь результатом добровольного волеизъявления участников гражданско-правовых отношений, соответственно, является гражданско-правовым договором. С другой стороны, арбитражное соглашение выходит за границы частноправовых отношений, не укладывается в рамки цивилистики и является одним из случаев реализации теории автономии воли сторон, которая допускается только в пределах, установленных государством.

Во многих арбитражных соглашениях указано, что стороны в связи с заключением арбитражного соглашения отказываются от передачи спора на рассмотрение в государственный суд.

Нередко со стороны судебной власти высказывается мнение о том, что исключение споров, охватываемых арбитражным соглашением, из юрисдикции государственных судов является отказом от правосудия. Вместе с тем, это не так. Поэтому хотелось бы более детально остановиться на этом вопросе.

Прежде всего, необходимо учитывать, что право на заключение арбитражного соглашения и, соответственно, право передачи внешнеэкономического спора на разрешение в арбитраж основывается:

- на международных соглашениях с участием Украины, а именно Нью-Йоркской конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.), участниками которой являются 154 государства (*далее – Нью-Йоркская конвенция*) и Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961г.), участниками которой являются 31 европейское государство (*далее – Европейская конвенция*);

- на законодательстве Украины, прежде всего, статье 55 Конституции Украины, согласно которой каждый имеет право любыми не запрещенными законом способами защищать свои права и свободы от нарушений и противоправных посягательств, а также Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже» (*далее – Закон*) и Законе Украины «О внешнеэкономической деятельности».

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

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

Во-вторых, подчеркнуто, что третейские суды (арбитраж) – являются инстанциями гражданского общества и в этом качестве выполняют социально значимые функции, однако имеют частно-правовую природу, не осуществляют правосудие и не входят в систему органов судебной власти Украины.

В-третьих, предоставление сторонам спора права свободно и по своему усмотрению обращаться за его решением в государственный суд или выбрать альтернативную форму защиты своих прав и обратиться в третейский суд (арбитраж) не может рассматриваться как нарушение конституционного права на судебную защиту.

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

В-пятых, возможность передачи государством на рассмотрение третейских судов споров сторон в сфере гражданских и хозяйственных правоотношений базируется не только на национальном, но и на международном праве, в частности, международных договорах, участницей которых является Украина¹.

Хорошо известное латинское изречение «*pacta sunt servanda*», означающее – «договоры должны исполняться» и созвучная ему статья ст. 629 Гражданского кодекса Украины, в которой предусмотрено, что договор является обязательным для сторон, имеют непосредственное отношение и к арбитражному соглашению, которое будучи своеобразным договором, также является обязательным для сторон и должно надлежащим образом исполняться.

В первую очередь, обязательность арбитражного соглашения касается сторон, подписавших это соглашение, и поэтому они обязаны добросовестно исполнять его условия. Однако на практике часто встречаются случаи, когда сторона, заключившая арбитражное соглашение, в нарушение его положений, в одностороннем порядке отказывается от его исполнения, обращаясь с иском не к предусмотренному в арбитражном соглашении юрисдикционному органу, а в государственный суд.

С целью обеспечения обязательности арбитражного соглашения в международно-правовых документах и в законодательстве Украины закреплены нормы, обязывающие государственные суды при определенных условиях прекратить рассмотрение дела и направить стороны в арбитраж. Таким образом, государственный суд выполняет функцию гаранта обязательности арбитражного соглашения.

В первую очередь, это закреплено в частях первой и третьей статьи II Нью-Йоркской конвенции, предусматривающим, что суд государства – участника

1 Селівон М.Ф., «Альтернативні (позасудові) способи розв'язання спорів як ефективний засіб захисту прав та інтересів громадян і юридичних осіб» - с. 362 - 394, т. 2 : Публічно-правова доктрина України / Ю.П. Битяк, Ю.Г. Барабаш, М.П. Кучерявенко та ін.; за загальною редакцією Ю.П. Битяка. – Х.: Право, 2013. – 864 с.

Конвенции, в который поступил иск по вопросу, по которому существует арбитражное соглашение, обязан при соблюдении определенных условий, закрепленных в Конвенции, направить стороны в арбитраж. Оценивая положения настоящей Конвенции Карабельников Б.Ю. справедливо отметил, что «государства – участники Конвенции сознательно пошли на ограничение юрисдикции своих судов по спорам, по которым существует арбитражное соглашение»².

Кроме того, положения, устанавливающие обязательность арбитражного соглашения и возможность отвода государственного суда «за неподсудностью» в связи с наличием арбитражного соглашения, содержатся и в статье VI Европейской конвенции. Согласно части первой этой статьи отвод государственного суда по неподсудности в связи с наличием арбитражного соглашения, который заявлен в государственном суде, в котором было возбуждено дело одной из сторон арбитражного соглашения, должен быть заявлен под угрозой утраты права за пропуском срока до или в момент представления возражений по существу спора.

Как справедливо отметил Муранов А.И., целью этих положений является «обеспечение уважительного отношения к институту третейского разбирательства, не на словах, а на деле демонстрируя то, что третейское разбирательство и, в частности, международный коммерческий арбитраж, считается не просто альтернативой государственному судопроизводству, но и равновеликим ему»³.

В законодательстве Украины обязательность арбитражного соглашения закреплена в ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», согласно которой суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, если не признает, что это арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Анализ положений Конвенций и Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» свидетельствует о том, что для отвода государственного суда по неподсудности в связи с наличием арбитражного соглашения должны быть соблюдены следующие условия:

- Поданный в государственный суд иск должен касаться вопроса, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, то есть этот спор должен охватываться арбитражным соглашением.
- В силу положений Нью-Йоркской конвенции и Европейской конвенции предмет спора, переданного на рассмотрение в государственный суд, должен быть арбитрабельным. В частности, в части второй ст. VI Европейской конвенции предусмотрено, что государственный суд, в котором возбужде-

2 Карабельников Б.Ю., Международный коммерческий арбитраж: учебник, М.: Инфотропик Медиа : б.и., 2012. – 51 с.

3 Муранов А.И., Прекращение производства в государственном суде, его обязанность направить стороны в арбитраж, пререкания о подсудности и патологии третейских соглашений / «Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения», Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации/Под ред. А. А. Костина; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2012, с. 246.

но дело, может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства.

- Одна из сторон спора, которой, как правило, является ответчик, должна настаивать на необходимости соблюдения положений арбитражного соглашения и, соответственно, просить о прекращении государственным судом производства по делу и направлении сторон в арбитраж. При отсутствии такого ходатайства, суд не может по собственной инициативе принять решение о неподсудности ему спора.
- Ходатайство о прекращении государственным судом производства по делу и направлении сторон в арбитраж должно быть заявлено своевременно. Нью-Йоркская конвенция не устанавливает срок подачи такого ходатайства. Вместе с тем в части первой статьи VI Европейской конвенции и пункте первом ст. 8 Закона этот срок установлен – не позднее подачи первого заявления по существу спора. При этом из указанных положений Европейской конвенции следует, что пропуск срока может повлечь угрозу утраты права на заявление такого ходатайства. Если же сторона, своим правом своевременно не воспользуется, то считается, что своими действиями она оформила отказ от арбитражного соглашения и дело может быть рассмотрено государственным судом.
- Арбитражное соглашение не должно быть недействительным, утратившим силу или таким, что не может быть выполнено.

Указанные выше положения реализуются через процессуальные нормы, согласно которым государственные суды осуществляют правосудие.

В соответствии с пунктом 5) части 1 ст. 80 Хозяйственного процессуального кодекса Украины (*далее – ХПК*), если стороны заключили соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда, суд должен прекратить производство по делу.

Согласно п. 6) части первой ст. 207 Гражданского процессуального кодекса Украины (*далее – ГПК*) суд выносит определение об оставлении иска без рассмотрения, если между сторонами заключено третейское соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда и от ответчика до начала выяснения обстоятельств по делу поступило возражение против разрешения спора в суде.

Анализ указанных процессуальных норм свидетельствует о том, что, во-первых, эти статьи касаются как международного коммерческого арбитража, так и «внутренних» третейских судов, образованных в соответствии с Законом Украины «О третейских судах». Во-вторых, указанными статьями по одному и тому же вопросу о процессуальных последствиях наличия между сторонами арбитражного соглашения, предусмотрены различные последствия: хозяйственные суды прекращают производство по делу, а общие суды – выносят определение об оставлении иска без рассмотрения.

Между этими двумя подходами (прекращение производства по делу или оставление иска без рассмотрения) является принципиальная разница. В случае прекращения производства по делу повторное обращение в хозяйственный суд по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям не допускается. При оставлении заявления без рассмотрения лицо, заявление которого

оставлено без рассмотрения, имеет право повторно обратиться в суд после устранения условий, послуживших основанием оставления иска без рассмотрения. Таким образом, при оставлении заявления без рассмотрения арбитражное соглашение рассматривается как препятствие для рассмотрения дела в государственном суде временного характера, которое может быть устранено при определенных обстоятельствах (например, отмене арбитражного решения; прекращении деятельности определенного в арбитражном соглашении арбитражного органа или несогласовании сторонами кандидатуры единоличного арбитра при арбитраже ad-hoc, что приводит к невозможности реализовать положения арбитражного соглашения, и прочее).

Безусловно, это является определенной нестыковкой законодательных актов. Соответственно, следовало бы в этих процессуальных кодексах предусмотреть одинаковые правовые последствия наличия между сторонами арбитражного соглашения. При решении вопроса о том, чему отдать предпочтение – прекращению производства по делу или оставлению иска без рассмотрения, было бы целесообразно, на наш взгляд, учесть следующее.

Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» почти полностью воспроизводит положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (*далее – Типовой закон*). В статье 8 Типового закона говорится лишь о направлении сторон в арбитраж. Таким образом, процессуальная форма, в которой государственный суд оформляет «направление стороны в арбитраж» в Типовом законе не определена и поэтому, она должна быть предусмотрена в национальном законодательстве. В ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» законодатель определил процессуальную форму, установив, что государственный суд должен прекратить производство по делу. Поэтому, предусмотренные в ХПК процессуальные последствия – прекращение производства по делу полностью соответствует положениям ст. 8 Закона.

Вместе с тем, необходимо учесть определенные преимущества, которые имеет такое процессуальное последствие как оставление иска без рассмотрения, дающее стороне право повторно обратиться в государственный суд, например, в случаях, когда по тем или иным основаниям принятое по делу арбитражное решение отменено государственным судом или в его признании и исполнении отказано или арбитражное соглашение по каким-либо причинам, не зависящим от сторон, не смогло быть реализованным. Представляется, что именно при этом подходе нарушенное право будет максимально защищенным. В таком случае, положения ст. 8 Закона подлежат уточнению в части последствий наличия действительного арбитражного соглашения, а нормы ХПК о прекращении производства по делу – изменению.

И, наконец, анализ процессуальных норм, содержащихся в указанных выше процессуальных кодексах, свидетельствует о том, что положения ХПК вообще не содержат предусмотренных в Конвенциях и ст. 8 Закона оснований для прекращения производства по делу, а положения ГПК воссоздают их только частично.

Учитывая это было бы целесообразно внести изменения в ХПК и ГПК, предусмотрев в них одинаковые последствия предъявления иска в государственный суд по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения.

Анализ практики хозяйственных судов по 2013-2014 годы свидетельствует о том, что в целом практика соответствует положениям указанных выше Конвенций и ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», и в большинстве дел, рассматриваемых хозяйственными судами, если ответчик занимал активную позицию и заявлял ходатайство о прекращении разбирательства по делу, ссылаясь на наличие арбитражной оговорки, суд прекращал производство по делу.

Такой практике способствует постановление Пленума Высшего хозяйственного суда Украины от 26 декабря 2011 года № 18, с изменениями и дополнениями, внесенными в него постановлением Пленума Высшего хозяйственного суда Украины от 17 декабря 2013 № 13, в пункте 4.2.3. которого указано, что *«хозяйственные суды должны прекращать производство по делу, когда есть письменное соглашение сторон о передаче спора на разрешение третейского суда (пункт 5 части первой статьи 80 ХПК). Такое соглашение стороны вправе заключить как до, так и после возбуждения производства по делу. В последнем случае производство подлежит прекращению со ссылкой на указанную норму ХПК. Если же такое соглашение заключено до возбуждения производства по делу, то:*

- в случае если ответчик не возражает против рассмотрения дела именно хозяйственным судом, спор подлежит разрешению в последнем;

- в случае если ответчик со ссылкой на упомянутое соглашение, которое является действующим, не признано недействительным и может быть исполнено, настаивает на разрешении спора именно третейским судом, хозяйственный суд должен прекратить производство по делу на основании пункта 5 части первой статьи 80 ХПК.

При этом хозяйственному суду следует иметь в виду, что третейское соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда не является отказом от права на обращение в суд, а является одним из способов реализации права на защиту своих прав».

Вместе с тем, есть и негативная практика, при которой хозяйственные суды при наличии возражений со стороны ответчика против рассмотрения дела в государственном суде, тем не менее, производство по делу не прекращали и рассматривали спор по существу, несмотря на наличие действительного арбитражного соглашения. Суды исходили из того, что даже при наличии действительного арбитражного соглашения, обращение в арбитраж возможно лишь по обоюдному желанию сторон передать спор на рассмотрение в арбитраж, и, коль скоро, истец обратился с иском в государственный суд, этот суд должен рассмотреть спор несмотря на возражения другой стороны, в противном случае – это будет расцениваться как отказ от правосудия. Как правило, в этих решениях, суды ссылались на письмо Высшего хозяйственного суда Украины от 1 января 2009 «Об обобщении судебной практики разрешения хозяйственными судами отдельных категорий споров с участием нерезидентов», в котором указано, что *«обращение в арбитраж, это право, а не обязанность стороны (статья 12 ГПК Украины) и это право реализуется в установленном порядке (ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»)».*

Хотя на первый взгляд указанные положения письма Высшего хозяйственного суда Украины, кажутся верными, согласиться с ними можно лишь частично,

особенно учитывая то, каким образом эти положения применяются и трактуются судами. В связи с этим хотелось бы обратить внимание на некоторые доктринальные положения, касающиеся соотношения права на обращение в арбитраж, добровольности заключения арбитражного соглашения и обязательности заключенного арбитражного соглашения. Действительно *«обращение в арбитраж, это право, а не обязанность стороны»*.

Обращение в арбитраж является одним из способов реализации права каждого любыми не запрещенными законом средствами защищать свои права и свободы от нарушений и противоправных посягательств в сфере гражданских и хозяйственных правоотношений (абзац первый пункта 5 мотивировочной части Решения Конституционного Суда Украины по делу об исполнении решений третейских судов от 24 февраля 2004 года № 3-рп/2004).

При этом необходимо учитывать, что **это право реализуется путем заключения на добровольной основе арбитражного соглашения**. Именно заключенное по свободному волеизъявлению сторон спора арбитражное соглашение является основой компетенции арбитража на рассмотрение спора. Поэтому **право на обращение в арбитраж** и право свободы договора **реализуется через заключение арбитражного соглашения**.

Однако, реализовав свое право на «обращение в арбитраж» заключением арбитражного соглашения, стороны, тем самым, трансформировали свое право в обязанность соблюдать условия заключенного арбитражного соглашения и добровольно подчиняться условиям и правилам, установленным для выбранного сторонами арбитража. Именно такой подход отвечает Нью-Йоркской и Европейской конвенциям и ст. 8 «О международном коммерческом арбитраже».

АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ СПОРОВ В КОНТЕКСТЕ СТАТЬИ 12 ХОЗЯЙСТВЕННОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

(Тезисы выступления)

*Кравчук Геннадий (Украина),
заместитель Председателя Высшего хозяйственного суда Украины,
кандидат юридических наук*

Термин «арбитрабельность» непосредственно не употребляется ни в законодательстве Украины, ни в судебной практике. Под этим термином охватывается круг споров, которые могут быть предметом арбитражного рассмотрения.

Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» устанавливает перечень споров, которые могут передаваться на разрешение международного арбитража.

Так, в соответствии с частью 2 статьи 1 этого Закона по соглашению сторон **на разрешение международного коммерческого арбитража могут передаваться:**

- споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей,
- а также 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.

Международный коммерческий арбитражный суд принимает к своему рассмотрению также споры, отнесенные к его юрисдикции в силу международных договоров Украины.

Термин «коммерческий» указывает на характер споров, которые могут быть переданы на арбитражное рассмотрение. Согласно статье 2 ЗУ «О международном коммерческом арбитраже» **термин «коммерческий»** истолковывается широко и охватывает вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, – как договорных, так и недоговорных. **Отношения торгового характера включают следующие соглашения, не ограничиваясь ими:**

- любые торговые соглашения о поставке товаров или предоставлении услуг либо обмен товарами или услугами;
- соглашения о распределении, торговом представительстве;
- 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;
- перевозка товаров и пассажиров по воздуху, морю, железнодорожными и автомобильными дорогами.

ЗУ «О международном коммерческом арбитраже» в отличие от ЗУ «О третейских судах» не содержит перечень споров, не подведомственных арбитражу. Вместе с тем необходимо понимать, что не все споры могут разрешаться в арбитраже.

Национальным законодательством могут устанавливаться ограничения касательно передачи определенных споров на разрешение международного коммерческого арбитража, что не противоречит Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21.04.1961. Так, согласно части 2 статьи 6 Конвенции суд, в котором возбуждено дело, может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства.

Пунктом 4 статьи 1 ЗУ «О международном коммерческом арбитраже» установлено, что этот Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Украины, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только согласно положениям иным, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе.

Ограничивает арбитрабельность определенных споров статья 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины. Так, частью 2 указанной статьи установлено, что подведомственный хозяйственным судам спор может быть передан сторонами на разрешение **третейского суда**, кроме таких споров:

1. о признании недействительными актов;
2. споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с **удовлетворением государственных нужд**⁴;
3. споров, предусмотренных пунктом 4 частью 1 статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, то есть таких, которые возникают из **корпоративных отношений** в спорах между юридическим лицом и его участниками (учредителями, акционерами, членами), в том числе участником, который выбыл, а также между участниками (учредителями, акционерами, членами) юридического лица, связанными с созданием, деятельностью, управлением и прекращением деятельности такого лица, кроме трудовых споров⁵.

4 Под хозяйственными договорами, связанными с удовлетворением государственных нужд следует понимать хозяйственные договора, которые заключаются в соответствии со статьей 13 Хозяйственного кодекса Украины в порядке, предусмотренном статьей 183 Хозяйственного кодекса Украины и Законом Украины «Об осуществлении государственных закупок».

5 В соответствии со ст. 167 Хозяйственного кодекса Украины под корпоративными отношениями имеются в виду отношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся касательно корпоративных прав.

03.02.2011 ЗУ «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины относительно обжалования решения третейского суда и выдачи исполнительного документа на принудительное исполнение решения третейского суда» внесены изменения в статью 12 ХПК Украины, в части 2 этой статьи слово «арбитраж» было удалено.

Указанные изменения вызвали дискуссии о дальнейшем применении части 2 статьи 12 ХПК Украины к международному арбитражу.

Статья 12 ХПК Украины	
Редакция от 04.11.2010	Редакция после внесения изменений от 03.02.2011 и действующая на сегодня
<p>Подведомственный хозяйственным судам спор может быть передан сторонами на разрешение третейского суда (арбитража), кроме споров о признании недействительными актов, а также споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд, и споров, предусмотренных пунктом 4 части 1 этой статьи.</p>	<p>Подведомственный хозяйственным судам спор может быть передан сторонами на разрешение третейского суда, кроме споров о признании недействительными актов, а также споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд, споров, предусмотренных пунктом 4 части 1 этой статьи, и других споров, предусмотренных законом. Решение третейского суда может быть обжаловано в порядке, предусмотренном этим Кодексом.</p>

Действующая редакция статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины определяет право сторон передать подведомственный хозяйственным судам спор на разрешение третейского суда. Однако следует исходить из того, что понятие третейского суда в контексте этой статьи охватывает и международный коммерческий арбитраж. (См. научно-практический комментарий к Хозяйственному процессуальному кодексу Украины от 2014 г., автор Беляневич В.Э).

Какие бывают третейские суды?

Притыка Ю.Д. разделяет третейские суды, в частности, на национальные и международные (Притыка Ю.Д. Третейський розгляд господарських спорів: сучасність та перспективи розвитку// Вісник вищого арбітражного суду України. – 2000. – № 3. – С. 167-176).

Также в своей диссертации на получение научной степени доктора юридических наук на тему: «Теоретические проблемы защиты прав участников гражданских правоотношений в третейском суде» (Киев, 2006) **Притыка Ю.Д.** указывает: «Со-

гласно следующей квалификации, которая считается традиционной для теории и практики, **третейские суды** за сферой деятельности **разделяются на: внутренние** (которые компетентны разрешать внутриэкономические споры) и **внешние** (для разрешения внешнеэкономических конфликтов).

Исходя из этого, в Украине внешним третейским судом является Международный коммерческий арбитраж при Торгово-промышленной палате Украины.

Значение термина «Арбитраж»

Арбитраж (arbitrage) в переводе с французского языка означает «третейский суд».

Статья 2 ЗУ «О международном коммерческом арбитраже»

«Арбитраж» – любой арбитраж (**третейский суд**) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением, в частности Международным коммерческим арбитражным судом или Морской арбитражной комиссией при Торгово-промышленной палате Украины;

Согласно **Положению** о международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины (пункт 1) и **Регламенту** международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины (пункт 1 параграфа 1) **международный коммерческий арбитражный суд является** самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением (**третейским судом**), осуществляющим свою деятельность согласно ЗУ «О международном коммерческом арбитраже».

Юридический словарь

АРБИТРАЖ (фр. arbitrage – **третейський суд**) – 1) спосіб вирішення спорів, що розглядаються відповідними, спеціально уповноваженими на це органами – арбитражними судами тощо; 2) суд, у якому спір вирішується суддею-посередником (арбітром) або колегією арбітрів (Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. Акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. – 1020 с.).

АРБИТРАЖ (третейський суд) (фр. arbitrage) – спосіб розв’язання господарських і цивільно-правових спорів, що полягає в переданні спору на розгляд обраному (призначеному) сторонами третейському суду. (**Юридичні терміни. Глумачний словник** / Ю70 В.Г. Гончаренко, П.П. Андрушко, Т.П. Базова та ін.; за ред. В.Г. Гончаренка. – 2-ге вид., стереотипне. – К.: Либідь, 2004. – 320 с).

Терминологический словарь украинского языка

АРБИТРАЖ, –у, ч.1. Спосіб розв’язання суперечок, конфліктів між юридичними особами. // юр. Орган, що займається розглядом майнових суперечок між установами та підприємствами.

АРБИТРАЖНИЙ, –а, –е. стос. до **арбітражу**. ****Арбітражний суд** – незалежний орган у вирішенні всіх суперечок, що виникають між юридичними особами, дер-

жавними та іншими органами. (**Великий тлумачний словник сучасної української мови** / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003, – 1440 с.).

Значение термина «третейский суд»

Юридический словарь

Третейський суд – недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних і/або юридичних осіб у встановленому законом порядку для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських відносин. ... Порядок утворення і діяльності третейських судів, а також вимоги щодо третейського судочинства визначаються ЗУ «Про третейські суди», **дія якого не поширюється на міжнародний комерційний арбітраж**. (**Великий енциклопедичний юридичний словник** / За ред. Акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. – 1020 с.).

Терминологический словарь украинского языка

ТРЕТЕЙСЬКИЙ, –а, –е, юр. Третьосторонній. ** **Третейський суд** – суд, обраний за взаємною згодою сторін із представників третьої, незацікавленої сторони для розгляду конкретного спору, конфлікту. (**Великий тлумачний словник сучасної української мови** / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003, – 1440 с.).

Статья 2 ЗУ «О третейских судах»

Третейский суд – негосударственный, независимый орган, который образуется по соглашению или соответствующему решению заинтересованных физических и/или юридических лиц в порядке, установленном настоящим Законом, для разрешения споров, возникающих из гражданских и хозяйственных правоотношений.

Статья 2 ЗУ «О международном коммерческом арбитраже»

Третейский суд – единоличный арбитр или коллегия арбитров

Притыка Ю.Д. отметил, что понятие «международный» коммерческий арбитраж является сложным интегративным сочетанием свойственных этому явлению предметных признаков внутреннего арбитража и «международного» элемента и имеет коммерческое (частное) направление. Рассматривая это понятие, прежде всего следует отметить, что **термин «арбитраж» имеет французское происхождение и употребляется в украинской юридической литературе как непосредственно, так и в таком переводе, как «третейский суд», поэтому, несмотря на разность терминов, речь идет о том же правовом явлении**. (Притыка Ю.Д., *Международный коммерческий арбитраж: вопросы теории и практики: Монография*. – К.: Концерн «ИД «Ин Юре», 2005. – 516 с. – с. 45)

Комаров В.В. и Погорельский В.Н. указали, что **термины «арбитраж» и «третейский суд» в законодательстве, науке и правоприменительной практике используются как синонимы**. (Комаров В.В., Погорельский В.Н. *Международный коммерческий арбитраж*. – Х: Право, 2009. 164 с. – с. 7).

(**Комаров В'ячеслав Васильович** (*1 січня 1950 року) – український вчений-правник, кандидат юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений юрист України).

Кроме этого, обратимся к истории создания действующего Международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате Украины.

16.04.1991 Верховная Рада УССР приняла Закон «О внешнеэкономической деятельности». В пункте 7 своего постановления «О порядке введения в действие Закона Украинской ССР «О внешнеэкономической деятельности» Верховная рада рекомендовала Торгово-промышленной палате Украинской ССР **создать внешнеэкономический третейский суд**. Так, 11.08.1992 был создан Международный коммерческий арбитраж при Торгово-промышленной палате Украины.

Таким образом, учитывая, что в части 2 статьи 12 ХПК Украины прямо не установлено, что споры могут передаваться на разрешения третейских судов, созданных в соответствии с ЗУ «О третейских судах», следует исходить из того, что понятие третейского суда в контексте этой статьи охватывает и международный коммерческий арбитраж.

Практика Высшего специализированного суда Украины

Позицию о том, что статья 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины применяется к международному арбитражу поддержал Высший специализированный суд Украины в своем определении от 05.02.2014 по делу № 6-53589св13 об отмене решения Международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате Украины от 27.06.2013.

Местный и апелляционный суды отказали в удовлетворении ходатайства об отмене решения международного коммерческого арбитражного суда. Суд кассационной инстанции судебные решения нижестоящих судов отменил, а дело направил на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Высший специализированный суд Украины пришел к следующему выводу: «Разрешая спор о признании права собственности на корпоративные права, **коммерческий арбитраж не учел положений пункта 4 части 1 статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины** в соответствии с которым хозяйственным судам подведомственны, в частности, споры, возникающие **из корпоративных отношений...**». Также при принятии определения руководствовался частью 2 статьи 12 ХПК Украины **в редакции от 03.02.2011 года**, а также пунктами 6, 9 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» от 24.10.2008 № 13.

Разъяснения Высшего хозяйственного суда Украины и Верховного Суда Украины касательно корпоративных споров

В соответствии с пунктом 6.2 рекомендаций Президиума Высшего хозяйственного суда Украины «О практике применения законодательства в рассмотрении дел, возникающих из корпоративных отношений» от **28.12.2007** № 04-5/14:

«Хозяйственные суды, разрешая споры между акционерами по вопросам корпоративного управления, должны учитывать, что заключенные между акционерами – иностранными юридическими или физическими лицами соглашения (сделки) **о подчинении вопросов корпоративного управления иностранному праву нарушают публичный порядок** и в соответствии со статьей 228 Гражданского кодекса Украины являются ничтожными.

Участники хозяйственных обществ независимо от субъектного состава акционеров **не вправе также подчинять рассмотрение корпоративных споров**, связанных с деятельностью хозяйственных обществ, зарегистрированных в Украине, в частности, таких, **которые возникают из корпоративного управления, международным коммерческим арбитражам.**

Такие же разъяснения содержатся и в пункте 5 постановления Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» от 24.10.2008 № 13.

АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ БЕЛАРУСИ, РОССИИ И УКРАИНЫ: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

*Храпуцкий Александр (Республика Беларусь),
партнер адвокатского бюро «Сысуев, Бондарь, Храпуцкий СБХ», MCIArb*

Общеизвестно, что третейское разбирательство в целом должно быть инструментом рассмотрения споров для бизнеса – качественным, непредвзятым, не дорогим и не столь длительным.

В настоящий момент проблема арбитрабельности лежит не только и не столько в сфере ограничения круга споров, сколько в компетенции соответствующих арбитров, от которых современные условия ведения бизнеса требуют знаний бизнес-процессов, а также определенных знаний и навыков, связанных со специфическими объектами, прежде всего в сфере телекоммуникаций, строительства, инвестиций.

Реформирование третейского законодательства должно идти в направлении создания привлекательности отечественных арбитражных центров путем их специализации и принятия к рассмотрению более широкого круга споров, в том числе корпоративных.

В литературе выделяют объективную и субъективную арбитрабельность⁶ споров. Объективная арбитрабельность споров, рассматриваемых в международном арбитражном суде, предусмотрена в статье 5 (2) (а) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. и статье 6 (2) Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, заключенной в Женеве 21 апреля 1961 года. Аналогично, при рассмотрении спора третейскими судами, объективная арбитрабельность определяет, может ли возникший спор быть предметом третейского разбирательства.

Субъективная арбитрабельность – это правоспособность сторон заключить соглашение о передаче спора на рассмотрение международного коммерческого арбитражного либо третейского суда.

1. ПРОБЛЕМЫ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ СПОРОВ СОГЛАСНО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Объективная арбитрабельность споров, рассматриваемых в международном коммерческом арбитражном суде, определена в статье 4 Закона Республики Беларусь от 09.07.1999 № 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде», согласно которой в международный арбитражный суд по соглашению сторон могут передаваться гражданско-правовые споры между любыми субъектами права, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если местонахождение или местожительство хотя бы одного из них находится за границей Республики Беларусь, а также иные споры экономиче-

6 Comparative International Commercial Arbitration, Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll (2003), pp. 187-188.

ского характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на разрешение международного арбитражного суда и если это не запрещено законодательством Республики Беларусь.

Аналогичные положения содержатся в статье 19 Закона Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. № 301-З «О третейских судах», согласно которой третейский суд разрешает любые споры, возникающие между сторонами, заключившими третейское соглашение, за исключением споров, стороной которых является учредитель постоянно действующего третейского суда, созданного в качестве некоммерческой организации, либо юридическое лицо, обособленным подразделением (подразделением) которого является такой третейский суд, а также споров, непосредственно затрагивающих права и законные интересы третьих лиц, не являющихся сторонами третейского соглашения, и споров, которые не могут быть предметом третейского разбирательства в соответствии с законодательством Республики Беларусь или законодательством иностранного государства, если применение законодательства иностранного государства предусмотрено третейским соглашением или иным договором между сторонами.

В настоящий момент, в отличие от Российской Федерации и Украины, в Республике Беларусь отсутствует какая-либо судебная практика, связанная с толкованием статей 47 и 236 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь, предусматривающих исключительную компетенцию экономических судов Республики Беларусь при рассмотрении отдельных категорий споров (банкротство, корпоративные споры, споры, предметом которых является недвижимое имущество), но принято считать, что эти нормы не допускают заключать арбитражные соглашения по каким-либо спорам, которые поименованы в вышеуказанных нормах.

Законодательство Республики Беларусь предусматривает особые ограничения, связанные с субъективной арбитрабельностью споров.

Так, согласно статье 10 Закона Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. № 301 «О третейских судах» субъектами третейского соглашения могут быть физические лица, обладающие полной дееспособностью, и (или) юридические лица. Государственные органы, в том числе органы местного самоуправления, не могут быть субъектами третейского соглашения. Схожее положение содержится в статье 6 Закона Украины 11.05.2004 № 1701-IV «О третейских судах».

Также, в соответствии с п. 6 Постановлением Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23.12.2005 г. № 34 «О подведомственности споров после уступки требования или перевода долга» в случае принятия решений иностранными судами и иностранными арбитражными судами по спорам, сторонами в которых являются только лица, местонахождение или местожительство которых находится в Республике Беларусь, в признании и приведении в исполнение на территории Республики Беларусь этих решений должно быть отказано в связи с отнесением споров в силу закона к компетенции хозяйственных судов. Удовлетворение ходатайства о признании и приведении в исполнение таких решений будет противоречить публичному порядку Республики Беларусь. Таким образом, закрепляется правило о том, что белорусские субъекты хозяйствования не вправе заключать ар-

битражные соглашения и передавать на рассмотрение свои споры в иностранные арбитражные суды

При отказе в признании и исполнении в Республике Беларусь указанных решений хозяйственные суды должны руководствоваться статьей 248 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь, а также подпунктом «b» пункта 2 статьи 5 Нью-Йоркской Конвенции 1958 года.

2. ПРОБЛЕМЫ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ СПОРОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Согласно статье 1 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

- споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также

- споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

Вопросы специальной подведомственности дел арбитражным судам закреплены в статьях 33, 225.1, 248 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (*далее – АПК РФ*).

В настоящий момент в Российской Федерации не сформировалась единая судебная практика по вопросу объективной арбитрабельности споров. Особое внимание уделено вопросам арбитрабельности корпоративных споров, споров, связанных с государственной регистрацией прав на недвижимое имущество и споров, вытекающих из государственных контрактов.

2.1. Арбитрабельность корпоративных споров

До настоящего времени в законодательстве и судебной практике Российской Федерации не сформирована однозначная позиция по поводу арбитрабельности корпоративных споров.

Выработанный в Российской Федерации научный (теоретический) подход исходит из того, что корпоративные споры могут быть предметом третейского разбирательства, поскольку это прямо не запрещено законодательством Российской Федерации, статья 248 АПК РФ лишь разграничивает компетенцию судов различных стран.⁷

Вместе с тем, в некоторых случаях, суды исходят из того, что указанные споры не могут быть переданы на разрешение третейских судов в силу характера и специфики возникающих правоотношений. В иных случаях устанавливают, что нормы статьи 33 АПК РФ не запрещают рассмотрение споров, вытекающих из договоров

⁷ А.И.Минина Арбитрабельность. Теория и практика международного коммерческого арбитража, стр.

купли-продажи акций (долей в уставных фондах) арбитражными судами. Вместе с тем, в каждом конкретном случае необходимо устанавливать характер соответствующих правоотношений между сторонами.⁸

В настоящий момент, позиция арбитражных судов по вопросу арбитрабельности корпоративных споров изложена в определении об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № ВАС-15384/11 от 30 января 2012 г. По мнению арбитражных судов, которое было подтверждено и Высшим арбитражным судом, «учитывая смешанный характер соглашения [купли-продажи акций] от 22 ноября 2007 г. и сложный характер предусмотренной им сделки, выделение из условий последней только частного вопроса оплаты стоимости акций без установления выполнения предварительных условий совершения сделки и проведения дополнительной эмиссии акций, соблюдения условий их оплаты и рассмотрения вопроса о праве собственности на такие акции, было невозможно, а следовательно, «неправомерно говорить об отделимости частноправового арбитрабельного спора об оплате стоимости акций от публично-правовых неарбитрабельных споров о переходе права собственности на акции в результате исполнения всего комплекса условий сделки <...>, о корпоративном управлении».

Принимая во внимание характер правоотношений между сторонами, суд кассационной инстанции сделал вывод о том, что спор между ними относится к корпоративным спорам. Правила подведомственности корпоративных споров закреплены в федеральном законе, каковым в рассматриваемом деле является АПК РФ. Руководствуясь системным толкованием норм ст. 4, 33 АПК РФ, судебная коллегия пришла к заключению, согласно которому указание о специальной подведомственности корпоративных споров не только свидетельствует о разграничении компетенции судов общей юрисдикции и арбитражных судов, но и означает, что указанные споры не могут быть переданы на разрешение третейских судов в силу характера и специфики правоотношений, порождающих такие споры.

ВАС РФ в Определении № ВАС-15384/11 согласился с точкой зрения нижестоящих судов о неарбитрабельности корпоративных споров в силу положений ст. 33, 225.1 АПК РФ.

Следует сказать, что в настоящий момент проект внесения изменений в АПК РФ, подготовленный Министерством юстиции Российской Федерации, предусматривает возможность передачи на рассмотрение третейского суда (в настоящий момент не ясен вопрос, идет ли в данном случае речь о международных коммерческих арбитражных судах) следующих категорий споров (статья 225.1 АПК РФ, проект):

«... связанных с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а также в некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом (корпо-

8 Стрембелев С.В., Кривой Я.В. Рассмотрение корпоративных споров третейскими судами: быть или не быть? // Закон. 2013. N 4. С. 108 - 118.

ративные споры). Согласно Комментариям Российской Арбитражной Ассоциации, поскольку некоторые категории корпоративных споров имеют определенную специфику, связанную с участием большого количества лиц (например, акционеров общества), логичным является требование о принятии специального регламента для разрешения данной категории споров.⁹

2.2. Арбитрабельность споров, связанных с регистрацией прав на недвижимое имущество

Практика признания споров, связанных с регистрацией прав на недвижимое имущество арбитрабельными в Российской Федерации исходит из следующего.

Согласно п. 27 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 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 и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решения третейского суда, которое обязывает регистрирующий орган зарегистрировать право собственности на недвижимое имущество за стороной третейского разбирательства, так как вопросы публично-правового характера (регистрация недвижимости) не могут быть предметом рассмотрения в третейском суде.

Вместе с тем, согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 10-П споры, связанные с регистрацией прав на недвижимое имущество, являются арбитрабельными исходя из следующего.

- Указание на гражданско-правовой характер спора означает, что в системе действующего правового регулирования не допускается передача на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, а также дел, рассматриваемых в порядке особого производства.
- В системе действующего правового регулирования решения третейских судов не только порождают обязательство их исполнения лицами, участвующими в третейском разбирательстве, но и являются основанием для совершения иными субъектами определенных юридически значимых действий.
- Так, если решением третейского суда, принятым по результатам рассмотрения спора, касающегося недвижимого имущества, установлены права на это имущество, регистрирующий орган обязан совершить действия по их государственной регистрации.
- Как формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной, защиты прав лица, возникающих из договорных отношений, объектом которых является недвижимое имущество, государственная регистрация призвана лишь удостоверить со стороны государства юриди-

⁹ Комментарий Ассоциации участников по содействию в развитии третейского разбирательства (Российская Арбитражная Ассоциация) по проектам законодательных актов, направленных на улучшение третейского судопроизводства в Российской Федерации... http://www.arbitrations.ru/upload/medialibrary/835/raa_comments_on_proposed_amendments_into_rf_laws_on_arbitration_rus.pdf.

ческую силу соответствующих правоустанавливающих документов, она не затрагивает самого содержания гражданского права и не ограничивает свободу договоров, юридическое равенство, автономию воли и имущественную самостоятельность сторон.

- Равным образом не исключает такую возможность и пункт 2 части 1 статьи 248 АПК Российской Федерации, относящий споры, предметом которых являются недвижимое имущество, если такое имущество находится на территории Российской Федерации, или права на него, к исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц. Названная норма направлена на разграничение компетенции государственных судов различных стран по рассмотрению трансграничных споров.

2.3. Арбитрабельность споров, возникающих из государственных контрактов

Вопросы, связанные с государственными закупками в Российской Федерации регулируются Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – *Федеральный закон № 44-ФЗ*). Согласно п. 8 статьи 95 Федерального закона № 44-ФЗ расторжение контракта допускается по соглашению сторон, по решению суда, в случае одностороннего отказа стороны контракта от исполнения контракта в соответствии с гражданским законодательством. Данная статья не указывает, имеется в виду арбитражный суд, третейский суд либо международный арбитражный суд.

Вместе с тем, в соответствии с Постановлением Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации № 11535/13 от 28 января 2014 года российская арбитражная практика идет по пути признания данной категории споров неарбитрабельными.

Краткое содержание Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 11535/13 от 28 января 2014 года следующее.

Споры из контрактов, заключаемых в соответствии с Федеральным законом 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (утратил силу с 01.01.2014 г., в связи с принятием Закона № 44-ФЗ) не могут рассматриваться третейскими судами в силу специфики характера этих правоотношений, а также ввиду несовместимости законодательных принципов третейского разбирательства и законодательных принципов размещения заказов.

Отношения, возникающие при размещении заказов, отличается совокупность следующих особенностей: контракт заключается в публичных интересах, специальным публичным субъектом (государственным или муниципальным образованием, казенным учреждением), целью его заключения выступает удовлетворение государственных или муниципальных потребностей, финансирование этих потребностей осуществляется за счет средств соответствующих бюджетов. Наличие в едином правоотношении такой концентрации общественно-значимых публичных элемен-

тов не позволяет признать споры, возникающие по контрактам, спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами.

Условие о рассмотрении споров по контракту в конкретном третейском суде отсутствует и в извещении, и в документации о размещении заказа, оно включается заказчиком лишь в проект контракта, а потому в силу правил Закона № 94-ФЗ не может быть оспорено на стадии подписания контракта. Закон № 94-ФЗ запрещает переговоры между участником размещения заказа и заказчиком, уполномоченным органом, аукционной (конкурсной, котировочной) комиссиями при проведении аукциона, конкурса, запроса котировок (часть 6 статьи 20, часть 6 статьи 32, часть 6 статьи 41.1, часть 4 статьи 46, часть 7 статьи 53 Закона № 94-ФЗ). Запрет на переговоры означает, что лицо, подписывающее контракт с третейской оговоркой, лишено возможности выразить собственное волеизъявление в отношении третейского разбирательства и вынуждено принять это условие путем присоединения к контракту в целом.

В связи с этим императивные требования Закона № 94-ФЗ не допускают возможность рассмотрения в третейских судах не только споров, возникающих при размещении заказов, но и споров, связанных с изменением, исполнением, расторжением и недействительностью контрактов, несмотря на подчинение последних требованиям гражданского законодательства.

С учетом изложенного рассмотрение данных споров третейскими судами нарушает основополагающие принципы российского права (противодействие коррупции, обеспечение конкуренции).

Вместе с тем, следует сказать, что данный подход к арбитрабельности споров, связанных с исполнением государственных контрактов не воспринят юридическим сообществом положительно. Так, согласно Комментарию Российской Арбитражной Ассоциации по проектам законодательных актов, направленных на улучшение третейского судопроизводства в Российской Федерации¹⁰ «ограничение арбитрабельности данных споров может привести к ограничению конкуренции, в частности, по большим инфраструктурным проектам. Невозможность передачи подобных споров на разрешение известных арбитражных институтов может являться негативным фактором для крупных иностранных компаний, принимающих участие в тендерах».

3. ПРОБЛЕМЫ АРБИТРАБЕЛЬНОСТИ СПОРОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

Согласно статье 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» № 4002-ХІІ от 24.02.1994 г. на рассмотрение арбитража могут передаваться все споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возни-

10 Комментарий Ассоциации участников по содействию в развитии третейского разбирательства (Российская Арбитражная Ассоциация) по проектам законодательных актов, направленных на улучшение третейского судопроизводства в Российской Федерации... http://www.arbitrations.ru/upload/medialibrary/835/raa_comments_on_proposed_amendments_into_rf_laws_on_arbitration_rus.pdf.

кающих при совершении внешнеторговых и других видов экономических связей между коммерческими предприятиями, хотя бы одно из которых находится за границей, а также споры между предприятиями с иностранными инвестициями и международными объединениями, а также организациями, созданными на территории Украины, споры между их участниками, а также споры между иными субъектами права Украины.

Неопределенным остается вопрос арбитрабельности споров, относящихся к исключительной подсудности судов Украины.

Статьей 77 Закона Украины «О международном частном праве» 23.06.2005 № 2709-IV предусмотрена исключительная подсудность судам Украины в следующих делах с иностранным элементом:

В соответствии с частью 2 ст. 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины в редакции последних изменений от 17 апреля 2014 года (*далее – ХПК Украины*) подведомственный хозяйственным судам спор может быть передан сторонами на разрешение третейского суда, кроме споров о признании недействительными актов, а также споров:

1) возникающих при заключении, изменении, расторжении и выполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд,

2) вытекающих из корпоративных отношений в спорах между юридическим лицом и его участниками (учредителями, акционерами, членами), в том числе участником, который выбыл, а также между участниками (учредителями, акционерами, членами) юридического лица, связанными с созданием, деятельностью, управлением и прекращением деятельности этого лица, кроме трудовых споров;

3) других споров, предусмотренных законом.

3.1. Арбитрабельность корпоративных споров

В отношении арбитрабельности корпоративных споров до настоящего времени действует Постановление Пленума Верховного суда Украины от 24 октября 2008 года № 13 «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» в соответствии с которым участники хозяйственных обществ независимо от субъектного состава акционеров не вправе также подчинять рассмотрение корпоративных споров, связанных с деятельностью хозяйственных обществ, зарегистрированных в Украине, в частности, вытекающих из корпоративного управления, международным коммерческим арбитражным судам.

В связи с вышеизложенным, представляет интерес дело *Bonduelle Development S.A.S. v ОАО «Черкасагропроект»*, рассмотренное Высшим Хозяйственным Судом Украины от 15 апреля 2013 года дело № 07/5026/1561/2012.

Коллегия судей Высшего хозяйственного суда Украины посчитала, что поскольку к подведомственности хозяйственных судов законодательством отнесены дела между участниками хозяйственного общества, а в спорных правоотношениях одна из сторон такого статуса не имеет, коллегия судей пришла к выводу, что данный спор не может считаться корпоративным в понимании ст. 12 ХПК Украины.

Совершенно иное решение было вынесено Высшим специализированным судом Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел по делу *Raiffeisen Property International GmbH v ООО «Дубль W»*.

Raiffeisen Property International GmbH обратилось в суд с ходатайством о признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение решения Международного арбитражного центра при Австрийской федеральной палате экономики от 23 февраля 2010 года с поправками от 10 июня 2010 года по делу № SCH-5093. В признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение решения было отказано судами и первой, и апелляционной инстанций.

Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел согласно Постановлению от 9 ноября 2011 года по делу направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Суд посчитал, что арбитражное решение содержит положения по вопросам, которые выходят за пределы арбитражного соглашения (установление фактов). Объект спора (право собственности на долю в уставном фонде) не может быть предметом арбитражного рассмотрения по законодательству Украины, поскольку право оспаривается бывшим участником общества по национальному законодательству Украины, в соответствии с которым корпоративные споры находятся в исключительной компетенции судов Украины. Вместе с тем, данные обстоятельства не были изучены судами первой и кассационной инстанций.

3.2. Арбитрабельность споров, вытекающих из договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд.

Интерес в данном вопросе представляют два дела, связанные с отменой арбитражных решений, вынесенных Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Украины по делу *VAMED Engineering GmbH & CO KG v Государственное предприятие «УКРМЕДСНАБ»*.

В первом деле, рассмотренном Апелляционным судом г. Киева, было установлено, что договор поставки медицинского оборудования исполнялся за счет кредита, обеспеченного государственной гарантией и, соответственно, является договором, связанным с удовлетворением государственных нужд. Недействительность арбитражного соглашения, содержащегося в договоре поставки на дату его заключения, в соответствии со статьей 12 ХПК Украины не позволяет направлять споры, вытекающие из договоров, заключенных в связи с удовлетворением государственных нужд, на разрешение третейского суда или международного арбитража.

Во втором деле, рассмотренном между теми же сторонами и на основании того же контракта, суд первой инстанции постановил, что арбитражное соглашение содержится в договоре поставки от 14 сентября 2009 г. было действительным. Апелляционный суд оставил в силе это решение в силе, отметив, что статья 12 ХПК Украины содержит ограничения по рассмотрению определенных категорий споров, только в отношении третейских судов, деятельность которых регулируется Законом Украины «О третейских судах». Данное определение было оставлено без изменения Апелляционным судом г. Киева.

В заключение, можно сделать следующие обобщающие выводы:

В настоящий момент проблемными вопросами определения арбитрабельности споров по законодательству Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины можно назвать следующие:

- Отсутствует доверительное отношение к международному коммерческому арбитражу как средству разрешения споров.
- Неопределенность положений законодательства об арбитрабельности отдельных категорий споров (устанавливающих исключительную подведомственность споров судам определенного государства применительно к специальной подведомственности споров хозяйственным, экономическим арбитражным судам соответствующего государства).
- Непоследовательность судебных решений, отсутствие единообразной судебной практики в области арбитрабельности споров.

АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ СПОРОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

*Перепелинская Елена (Украина),
советник ЮФ SAYENKO KHARENKO, Член Правления Украинской
Арбитражной Ассоциации*

Вопрос арбитрабельности споров по законодательству Украины уже многие годы является неоднозначным как в доктрине, так и в судебной практике.

В рамках данного доклада будут, в первую очередь, освещены вопросы определения арбитрабельности. Начнем мы с анализа соответствующих положений Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (ООН, Нью-Йорк, 1958) («**Нью-Йоркская конвенция**»). Далее мы посмотрим, какими факторами может определяться арбитрабельность и когда вопрос арбитрабельности может возникать.

Отдельно будут проанализированы положения законодательства Украины об арбитрабельности, а именно: Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже», Закон Украины «О третейских судах», Гражданский процессуальный кодекс Украины, Хозяйственный процессуальный кодекс Украины.

И в завершение будут рассмотрены последние примеры судебной практики украинских судов по данному вопросу.

А. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ

В поисках определения арбитрабельности обратимся, прежде всего, к международным источникам, среди которых наиболее важным без преувеличения является Нью-Йоркская конвенция.

И хотя в самой конвенции термин «арбитрабельность» не используется, две ее статьи (вторая и пятая) содержат важные положения, касающиеся арбитрабельности:

Статья II (1):

«Каждое Договаривающееся Государство признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства»

Статья V(2)(а):

«В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что: (а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны»

Таким образом, Нью-Йоркская конвенция определяет арбитрабельность как способность спора быть предметом арбитражного разбирательства.

Данная способность может определяться в зависимости от нескольких факторов или обстоятельств, связанных с:

- 1) объектом спора (*ratione materiae*);
- 2) субъектами спора (*ratione personae*);
- 3) местом (*ratione loci*);
- 4) временем (*ratione temporis*).

Иными словами, определяя, является ли тот или иной спор арбитрабельным, мы должны исследовать все эти факторы в совокупности и ответить на ряд вопросов.

Арбитрабелен ли объект спора?

Вправе ли стороны спора передавать его в арбитраж?

Согласно праву какого государства (государств) мы должны проверить арбитрабельность? По праву местонахождения/регистрации сторон спора? По праву, применимому к контракту между ними? По праву места арбитража? По праву потенциального места исполнения будущего арбитражного решения?

И более того, в какой редакции необходимо смотреть положения такого права? В редакции, действующей на момент заключения арбитражного соглашения? В редакции, действующей на момент начала арбитражного разбирательства? В редакции, действующей на момент вынесения арбитражного решения? Или в редакции, действующей на момент рассмотрения ходатайства об отмене/признании или приведении в исполнение арбитражного решения в государственном суде?

Ответы на эти вопросы могут варьировать в зависимости, от того, когда и где вопрос арбитрабельности возникает.

А возникнуть вопрос арбитрабельности может *до, во время и после* арбитражного разбирательства в различных форумах:

1) в государственном суде, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения;

2) в арбитражном разбирательстве как вопрос компетенции состава арбитражного суда;

3) в процедуре оспаривания арбитражного решения;

4) в процедуре признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

И ответ на вопрос, так какое же право применимо к решению вопроса арбитрабельности, будет напрямую зависеть от того, какими коллизионными привязками будет руководствоваться суд или состав арбитражного суда.

Проще всего этот вопрос решается в двух последних случаях из приведенного выше списка. И Нью-Йоркская конвенция (процитированная выше), и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже («**Типовой закон**»), на основании которого разработаны десятки национальных законов о международном коммерческом арбитраже, в том числе и украинский, прямо отсылают к *lex fori*. Так, согласно ст.34(2)(b) Типового закона арбитражное решение может быть отменено судом по месту арбитража, если суд определит, что *«предмет спора не подлежит арбитражному разбирательству по законодательству данного государства»*. А согласно ст.36(1)(b) Типового закона в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано, если суд, в котором испрашивается исполнение, найдет, что *«предмет спора не подлежит арбитражному разбирательству по законодательству данного государства»*.

Намного сложнее ситуация с определением права, применимого к вопросу арбитрабельности, в первых двух случаях из приведенного выше списка.

Так, ни международные конвенции в сфере международного арбитража, ни Типовой закон не содержат коллизионных норм, которыми должен руководствоваться государственный суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, для определения права, применимого к вопросу арбитрабельности.

Более того, они прямо не указывают, что в такой ситуации государственный суд должен проверять арбитрабельность соответствующего спора. Судебный контроль в этом случае ограничивается проверкой действительности, действия и исполнимости арбитражного соглашения.

Так, согласно ст.8(1) Типового 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 стороны в арбитраж, если не установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

Соответственно, вопрос арбитрабельности может возникнуть лишь в контексте проверки действительности арбитражного соглашения. А это означает, что вопрос арбитрабельности будет с большой долей вероятности решаться судом по праву, которое он определит как применимое к вопросу действительности арбитражного соглашения.

Однако универсального подхода и общепринятой коллизионной нормы в отношении права, применимого к вопросу действительности арбитражного соглашения, также нет. Нью-Йоркская конвенция (ст.V(1)(a)) и Типовой закон (ст.34(2)(a) (i) и ст. 36(1) (a) (i)) содержат такие коллизионные привязки лишь для стадий признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, а также их отмены по месту арбитража. В первом случае (исполнение) к вопросу действительности арбитражного соглашения применяется *lex voluntatis*, а в отсутствие выбора сторон – *lex arbitri*¹¹, а во втором случае (отмена) – *lex voluntatis*, а в отсутствие выбора сторон – *lex fori*¹², ведущая в данном случае к применению того же права, что и *lex arbitri* в первом случае.

В то же время, поскольку для стадии отмены и приведения в исполнение арбитражных решений в отношении вопроса арбитрабельности установлена специальная коллизионная привязка – *lex fori*, предсказать, какое право применит государственный суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, для проверки действительности арбитражного соглашения (и, соответственно, арбитрабельности спора) достаточно сложно.

11 «соглашение недействительно по законодательству, которому стороны подчинили это соглашение, а в отсутствие обозначения такого законодательства – по законодательству страны, где решение было вынесено» – ст.36(1)(a)(i) Типового закона, аналогичное положение содержится и в ст.V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции.

12 «соглашение недействительно по законодательству, которому стороны подчинили это соглашение, а в отсутствие обозначения такого законодательства – по законодательству данного государства» – ст.34(2)(a)(i) Типового закона

Несколько иначе обстоит дело с определением права, применимого к вопросу арбитрабельности, в арбитражном разбирательстве (как вопрос компетенции состава арбитражного суда).

Состав арбитражного суда не связан какими-либо коллизионными привязками. Однако, стремясь вынести исполнимое арбитражное решение, он, скорее всего, будет оценивать арбитрабельность переданного ему спора одновременно по разным правопорядкам.

Именно поэтому для минимизации рисков при заключении контакта сторонам рекомендуется проверить арбитрабельность потенциальных споров сразу по нескольким правопорядкам: по праву местонахождения/регистрации каждой из сторон контракта; по праву места арбитража; по праву, применимому к основному контракту; и по праву наиболее вероятного места исполнения будущего арбитражного решения.

Отдельно хотелось бы отметить, что арбитрабельность нельзя отождествлять с публичным порядком. И Нью-Йоркская конвенция, и Типовой закон четко разделяют арбитрабельность и публичный порядок как два отдельных основания для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения/для отмены арбитражного решения. Соответственно, рассматривать арбитрабельность как часть публичного порядка, как минимум, нелогично.

Б. УКРАИНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

Украинское законодательство различает международный и внутренний арбитраж, устанавливая для каждого из них свой правовой режим, источники регулирования и даже терминологию.

Основными актами законодательства в этой сфере являются Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» от 14 февраля 1994 г. («**Закон о МКА**») и Закон Украины «О третейских судах» 11 мая 2004 г. («**Закон о ТС**»).

Сфера применения указанных законов четко разграничена:

Закон о МКА:

«Настоящий Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Украины. Однако положения, предусмотренные статьями 8, 9, 35 и 36 настоящего Закона, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей» (ч.1 ст.1)

Закон о ТС:

«Действие настоящего Закона не распространяется на международный коммерческий арбитраж» (ч.4 ст.1)

Собственно термин «арбитраж» и его производные применяются украинским законодателем исключительно для обозначения международного арбитража (если не принимать во внимание историческое название хозяйственных судов). Термин же «третейский суд» и его производные после принятия Закона о ТС последовательно используются именно в отношении внутренних третейских судов.

Положения об арбитрабельности споров в указанных выше законах также существенно разнятся для международного арбитража и внутреннего третейского разбирательства.

Закон о МКА

Закон о МКА не содержит определения арбитрабельности и регулирует данный вопрос в позитивном ключе, указывая, какие категории споров могут передаваться в арбитраж.

Так, согласно ч.2 ст.1 Закона о МКА в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

1) споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеэкономических и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также

2) споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений, созданных на территории Украины между собой, споры между их участниками, а также их споры с иными субъектами права Украины.

При этом Закон о МКА устанавливает, что исключения из приведенных в нем правил арбитрабельности могут быть установлены только иным законом или международным договором:

«Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо иного закона Украины, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями отличными, от имеющихся в настоящем Законе» (ч.4 ст.1 Закона о МКА).

Закон о ТС

Закон о ТС одновременно устанавливает общее правило в отношении арбитрабельности и перечень исключений к нему.

Общее правило достаточно широко сформулировано в ч.2 ст.1 Закона о ТС: *«В третейский суд по соглашению сторон может быть передан любой спор, возникающий из гражданских и хозяйственных правоотношений, кроме случаев, предусмотренных законом»*.

Перечень исключений из этого правила, насчитывающий в настоящее время 14 пунктов, установлен в ст.6 Закона о ТС, которая за десять лет с момента принятия указанного Закона о ТС подвергалась многочисленным изменениям, направленным на расширение перечня неарбитрабельных споров:

«Третейские суды в порядке, предусмотренном настоящим Законом, могут рассматривать любые дела, возникающие из гражданских и хозяйственных правоотношений, кроме:

- 1) *дел по спорам о признании недействительными нормативно-правовых актов;*
- 2) *дел по спорам, возникающим при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд;*
- 3) *дел, связанных с государственной тайной;*
- 4) *дел по спорам, возникающим из семейных правоотношений, кроме дел по спорам, возникающим из брачных контрактов (договоров);*
- 5) *дел о восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом;*

- 6) *дел, одной стороной в которых является орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностное или служебное лицо, другой субъект во время осуществления им властных управленческих функций на основе законодательства, в том числе во исполнение делегированных полномочий, государственное учреждение или организация, казенное предприятие;*
- 7) *дел по спорам в отношении недвижимого имущества, включая земельные участки;*
- 8) *дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение;*
- 9) *дел по спорам, возникающим из трудовых отношений;*
- 10) *дел, возникающих из корпоративных отношений по спорам между хозяйственным обществом и его участником (учредителем, акционером), в том числе выбывшим участником, а также между участниками (учредителями, акционерами) хозяйственных обществ, связанных с созданием, деятельностью, управлением и прекращением деятельности этих обществ*
- 11) *иных дел, которые в соответствии с законом подлежат разрешению исключительно судами общей юрисдикции или Конституционным судом Украины;*
- 12) *дел, когда хотя бы одна из сторон спора является нерезидентом Украины;*
- 13) *дел, по результатам рассмотрения которых исполнение решения третейского суда потребует совершения соответствующих действий органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными или служебными лицами и другими субъектами во время осуществления ими властных управленческих функций на основе законодательства, в том числе во исполнение делегированных полномочий;*
- 14) *дел по спорам в отношении защиты прав потребителей, в том числе потребителей услуг банка (кредитного союза)».*

Гражданский процессуальный кодекс Украины («ГПК»)

ГПК содержит несколько положений в отношении арбитрабельности.

Ст.17 ГПК устанавливает общее право сторон на передачу спора на рассмотрение третейского суда:

«1. Стороны имеют право передать спор на рассмотрение третейского суда, кроме случаев, установленных законом.

2. Решение третейского суда может быть обжаловано в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом».

Единственное исключение, установленное самим ГПК к выше процитированному правилу, содержится в разделе IV «Особое производство».

Согласно ч.5 ст.235 ГПК *«Дела особого производства не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда и не могут быть закрыты в связи с заключением мирового соглашения».*

Перечень дел, рассматриваемых судом в порядке особого производства, установлен в ст.234 ГПК и включает, среди прочего, дела, касающиеся:

- 1) *ограничения/лишения/восстановления гражданской дееспособности физического лица;*

- 2) признания физического лица безвестно отсутствующим или объявления его умершим;
- 3) усыновления;
- 4) восстановления прав на утерянные ценные бумаги на предъявителя и векселя;
- 5) оказания лицу психиатрической помощи в принудительном порядке;
- 6) раскрытия банком информации, содержащей банковскую тайну, в отношении физических и юридических лиц;
- 7) установления фактов, имеющих юридическое значение.

Из указанного перечня лишь последняя категория дел может потенциально иметь значение для арбитража. Однако если взглянуть на перечень фактов, имеющих юридическое значения и подлежащих установлению в порядке особого производства согласно ст.256 ГПК (установление факта родственных отношений между физическими лицами, регистрация брака, расторжение брака, усыновление, рождение и смерть лица в определенных законом случаях и т.д.), становится очевидно, что по своей природе они не могут быть установлены в арбитраже в принципе.

Еще одна норма, имеющая отношение к арбитрабельности, прежде всего с точки зрения разграничения в использовании терминов «международных арбитраж» и «третейский суд», содержится в ч.4 ст.15 ГПК, добавленной в рамках реформы третейского разбирательства в феврале 2011 года.

Согласно ее положениям в компетенцию общих судов было включено рассмотрение дел *«об обжаловании решений третейских судов, о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, об оспаривании решений международного коммерческого арбитража, а также о признании и выдаче разрешения на исполнение решений международного коммерческого арбитража»*.

Значение этой нормы особенно важно при комплексном анализе всех изменений, внесенных в различные акты законодательства Украины в рамках реформы третейского разбирательства в феврале 2011 года, в том числе изменений к ч.2 ст.12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины («ХПК»), о которых пойдет речь далее.

ХПК

Ч.2 ст.12 ХПК много лет считалась самым значимым исключением из правил арбитрабельности, установленных законодательством Украины. Ее применение и к международному арбитражу, и к внутреннему третейскому разбирательству не ставилось под сомнение многие годы. И такая ситуация сохранялась вплоть до уже упомянутой реформы третейского разбирательства в феврале 2011 года, после проведения которой многие арбитражные специалисты выразили мнение о том, что новая редакция ч.2 ст.12 ХПК устанавливает исключения из правил арбитрабельности лишь для внутреннего третейского разбирательства. Для того чтобы разобраться, так применяются ли в настоящее время ч.2 ст.12 ХПК к международному арбитражу, необходимо проследить логику законодателя при изменении данной статьи.

С момента принятия ХПК в 1991 году данная статья пережила пять редакций, приведенных далее для удобства в хронологическом порядке:

1991: «Предприятия и организации имеют право передать подведомственный арбитражным [хозяйственным] судам спор на разрешение **третейского суда**»;

1993: «Предприятия и организации имеют право передать подведомственный арбитражным [хозяйственным] судам спор на разрешение **третейского суда**, кроме споров о признании недействительными актов ненормативного характера и споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, основанных на государственном заказе»;

1997: «Подведомственный арбитражным [хозяйственным] судам спор может быть передан сторонами на разрешение **третейского суда (арбитража)**, кроме споров о признании недействительными актов, а также споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд»;

2009: «Подведомственный хозяйственным судам спор может быть передан сторонами на разрешение **третейского суда (арбитража)**, кроме споров о признании недействительными актов, а также споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд, и споров, предусмотренных пунктом 4 части первой этой статьи [возникающих из корпоративных отношений]»;

2011: «Подведомственный хозяйственным судам спор может быть передан сторонами на разрешение **третейского суда**, кроме споров о признании недействительными актов, а также споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд, и споров, предусмотренных пунктом 4 части первой этой статьи [возникающих из корпоративных отношений]. Решение третейского суда может быть обжаловано в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом».

Здесь также необходимо отметить, что одновременно с процитированными изменениями 2011 года в ст.2 ХПК также были внесены изменения, согласно которым хозяйственный суд «рассматривает дела об обжаловании решений третейских судов и о выдаче исполнительных документов на принудительное исполнение решений третейских судов, созданных в соответствии с Законом Украины «О третейских судах».

Таким образом, можно увидеть, что слово «арбитраж» в ч.2 ст.12 ХПК появилось впервые в 1997 году, когда уже действовал Закон о МКА 1994 года. Оно осталось нетронутым в рамках реформы 2009 года, когда уже действовал и Закон о ТС 2004 года. И оно полностью исчезло в 2011 году. Оставшийся же термин «третейский суд» получил дополнительный контекст – обжалование решения третейского суда в хозяйственном суде, не оставляющий сомнений о том, что он (термин) относится исключительно к внутренним третейским судам, поскольку решения международного арбитража могут быть оспорены лишь в общих судах (как следует из выше процитированного положения ч.4 ст.15 ГПК), в то время как хозяйственные суды рассматривают дела об обжаловании лишь решений третейских судов, созданных согласно Закону о ТС (как следует из ст.2 ХПК).

Таким образом, в рамках реформы третейского разбирательства 2011 года украинский законодатель продолжил курс на разграничение терминов «арбитраж» и «третейский суд» и исключил применение ч.2 ст.12 ХПК к международному арбитражу.

Проблемные аспекты

Завершая анализ законодательства Украины в отношении вопроса арбитрабельности, можно отметить следующие наиболее острые проблемы, возникающие в судебной практике.

Для международного арбитража это:

- 1) Сфера применения текущей редакции ч.2 ст.12 ХПК;
- 2) Соотношение ст.12 ХПК (в редакции 2009) и ст.1 Закона о МКА в отношении «корпоративных споров», в частности, с учетом положений:
 - Рекомендаций ВХСУ № 04-5/14 от 28 декабря 2007 года «О практике применения законодательства при рассмотрении споров, возникающих из корпоративных отношений»;
 - Постановления Пленума ВСУ № 13 от 24 октября 2008 года «О практике рассмотрения судами корпоративных споров».
- 3) Толкование и применение ч.2 ст.12 ХПК (в редакции 2009) в отношении споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд.

Для третейского разбирательства наиболее остро стоят следующие вопросы:

- 1) вопрос государственной политики в части расширения списка неарбитрабельных споров;
- 2) «проблемные» формулировки в отношении неарбитрабельности споров в отношении:
 - недвижимого имущества, включая земельные участки;
 - защиты прав потребителей, в том числе потребителей услуг банка (кредитного союза).

В. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Из примеров последней судебной практики наиболее ярко вопрос арбитрабельности встал в делах об отмене нескольких решений Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины («МКАС»), вынесенных по одному контракту (дело VAMED), а также в деле о признании и исполнении арбитражного решения Венского международного арбитражного центра («VIAC») на территории Украины (Дело Double W).

В первом случае рассматривался вопрос об арбитрабельности споров, связанных с удовлетворением государственных нужд, а во втором – корпоративных споров. Соответственно исследовалась и сфера применения ч.2 ст.12 ХПК в различных редакциях.

Дело VAMED

Договор поставки, из которого возникло несколько споров, переданных впоследствии в арбитраж, был заключен 14 сентября 2009 года между Компанией «VAMED Engineering GmbH & CO KG», Австрия, и Государственным предприятием для снабжения медицинских учреждений «УКРМЕДПОСТАЧ» Министерства охраны здоровья Украины.

По данному Договору поставки в 2012-2013 года в МКАС было рассмотрено 3 дела: АС № 195а/2012; АС № 209а/2012; № 210а/2012.

Все три решения МКАС, вынесенные по результатам рассмотрения указанных дел, были оспорены в государственных судах Украины с различным результатом.

Дело № 1 (об отмене решения МКАС по делу АС № 195а/2012):

- 03.09.2013** Шевченковский районный суд г. Киева отменил решение МКАС¹³
- 18.03.2014** Апелляционный суд г. Киева оставил решение первой инстанции без изменений¹⁴
- 30.07.2014** Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел («ВССУ») оставил в силе решения Шевченковского районного суда г. Киева от 03.09.2013 г. и Апелляционного суда г. Киева от 18.03.2014 г. ¹⁵*Дело № 2 (об отмене решения МКАС от 06.06.2013 по делу АС № 209а/2012):*
- 12.12.2013** Шевченковский районный суд г. Киева отказал в удовлетворении ходатайства об отмене решения МКАС
- 19.02.2014** Апелляционный суд г. Киева оставил решение первой инстанции без изменений¹⁶
- 04.06.2014** ВССУ определил считать кассационную жалобу неподанной и вернул ее заявителю¹⁷
- Дело № 3 (об отмене решения МКАС от 06.06.2013 по делу АС № 210а/2012):*
- 25.11.2013** Шевченковский районный суд г. Киева отказал в удовлетворении ходатайства об отмене решения МКАС¹⁸
- 11.09.2014** Апелляционный суд г. Киева отменил решение первой инстанции и решение МКАС¹⁹

Примечательно, что все три дела рассматривали одни и те же суды (Шевченковский районный суд г. Киева и Апелляционный суд г. Киева). И во всех трех делах суды пришли к различным выводам относительно арбитрабельности споров по одному и тому же Договору поставки, а равно как и применения ч.2 ст.12 ХПК. Интересным является также тот факт, что общие суды применяли не «свой» процессуальный кодекс. Более того, в некоторых случаях применяли его уже в недействующей редакции, вопреки общему правилу о применении процессуального закона, действующего на момент рассмотрения дела.

Для сравнения ниже приведены цитаты из решений Апелляционного суда г. Киева по каждому из дел:

Дело № 1, Апелляционный суд г. Киева:

«Так, правильно установлено судом и не отрицается сторонами, что поставка медицинского оборудования совершалась Компанией «ФАМЕД ИНЖИНИРИНГ» за средства, полученные в кредит под государственную гарантию. Поскольку на момент заключения Договора поставки 14 сентября 2009 года дей-

13 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33418016>

14 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37967994>

15 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40098048>

16 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37397137>

17 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39085740>

18 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36007301>

19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40663692>

стующее на то время законодательство Украины (часть 2 статьи 12 ХПК Украины) запрещало передачу споров, возникающих из договоров, заключенных в связи с удовлетворением государственных нужд, на разрешение третейского суда (арбитража), правильным является вывод суда первой инстанции о несоответствии арбитражного соглашения (пункт 13 Договора поставки) законодательству Украины».

Дело № 2, Апелляционный суд г. Киева:

«Коллегия судей считает, что указанные доводы апелляционной жалобы правильности выводов суда не опровергают, поскольку указанная норма [часть 2 статьи 12 ХПК Украины] касается исключительно третейских судов, деятельность которых регулируется Законом Украины «О третейских судах», согласно части 4 статьи 1 которого, действие данного Закона не распространяется на международный коммерческий арбитраж».

Дело № 3, Апелляционный суд г. Киева:

«Таким образом, во время заключения договора действующим на тот момент законодательством Украины была запрещена передача споров, возникающих из договоров, заключенных в связи с удовлетворением государственных нужд, на разрешение третейского суда (арбитража), и следовательно согласиться с выводом суда первой инстанции о соответствии арбитражного соглашения (п.13 договора поставки) законодательству Украины нельзя».

Оставляя без комментариев очевидное противоречие выводов Апелляционного суда г. Киева об арбитрабельности споров, возникающих из одного и того же Договора поставки, переданных на разрешение в МКАС в 2012 году, хотелось бы тем не менее отметить: что во всех трех делах суд все же пришел к общему выводу, что действующая в настоящее время редакция ч.2 ст.12 ХПК Украины не запрещает передавать на рассмотрение международного арбитража споры, возникающие при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд.

Дело Double W

Данное дело касалось признания и приведения на территории Украины арбитражного решения VIAC от 23.02.2010 г. с исправлениями от 10.06.2010 г. по делу № SCH-5093 между Райффайзен Проперти Менеджмент ГМБХ и ООО «Дубль W», согласно которому:

(А) Кредитный Договор от 14.10.1998, Договор о Продаже Доли от 04.05.2001 и Договор о Передаче Доли и Опциона от 04.05.2001 были заключены правомерно, они не прекращены, не признаны недействительными, и соответственно, они являются действительными, действующими и имеют полную юридическую силу, подтверждая дополнительное право собственности Истца (на момент заключения Договора о Передаче Доли от 04.05.2001) на долю участия в размере 1% в ООО «Дубль W Киев», и, в общей сложности по состоянию на 04.05.2001, на долю участия в размере 99,90217% в «Дубль W Киев»,

(Б) Ответчик должен возместить Истцу арбитражные расходы, включая юридические издержки.

Дело рассматривалось украинскими судами неоднократно.

В первом «круге»:

- 31.03.2011 г.** Малиновский районный суд г. Одессы признал решение VIAC частично²⁰ (в части арбитражных расходов, без учета юридических издержек), отказав в признании части (А) решения VIAC, поскольку «(1) арбитражное решение содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения (установление фактов), (2) объект спора в рассматриваемом случае (право собственности на долю в уставном фонде) не может быть предметом арбитражного рассмотрения по законодательству Украины, поскольку право оспаривается бывшим участником общества, в том числе по национальному законодательству Украины».
- 06.07.2011 г.** Одесский апелляционный суд изменил определение Малиновского районного суда, отказав и в признании части (А) решения VIAC.²¹
- 09.11.2011 г.** ВССУ отменил определение Одесского апелляционного суда и направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции²², указав «при таких обстоятельствах вывод суда первой инстанции о том, что данный спор является корпоративным спором, который, как и требование об установлении факта, не могут быть предметом арбитражного рассмотрения по законодательству Украины, является необоснованным».

Во втором «круге»:

- 30.11.2012 г.** Малиновский районный суд г. Одессы отказал в признании решения VIAC в полном объеме²³ со ссылкой на п. а) ч. 2 ст. V Нью-Йоркской Конвенции, указав, что «**спор, возникший между сторонами является корпоративным, и подсуден исключительно хозяйственным судам Украины и по законодательству Украины не может быть предметом арбитражного рассмотрения**».
- 06.06.2013 г.** Одесский апелляционный суд отменил определение Малиновского районного суда²⁴ и признал решение VIAC со ссылкой на постановление ВХСУ от 23.08.2012 г.²⁵, которым среди прочего, установлено, что спор «не имеет признаков корпоративного спора» и в котором указано, что такой спор должен разрешаться в арбитраже.
- 02.04.2014 г.** ВССУ оставил без изменений определение Одесского апелляционного суда²⁶.

20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14865026>

21 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2182708>

22 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19514260>

23 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28635729>

24 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32043568>

25 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25744558>

26 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38115131>

Конечно, говорить об устоявшейся судебной практике по вопросам арбитрабельности еще рано. Но рассмотренные в данном докладе решения имеют все шансы стать основой для формирования проарбитражной судебной практики в вопросе толкования ч.2 ст.12 ХПК, что, безусловно, будет иметь большое значение для развития арбитража в Украине в целом.

ДОКТРИНА «АВТОНОМНОСТИ АРБИТРАЖНОЙ ОГОВОРКИ»

Винокурова Людмила (Украина),

к.ю.н., доцент кафедры хозяйственного права

Киевского национального университета имени Тараса Шевченко,

заместитель председателя МКАС при ТПП Украины

Арбитражное соглашение рассматривается как центральный институт международного коммерческого арбитража, поскольку лежит в основе разрешения споров и наделяет арбитраж компетенцией по рассмотрению возникшего спора.

В большинстве случаев арбитражное соглашение заключается в виде арбитражной оговорки в контракте.

После возникновения спора нередки ситуации, когда одна из сторон контракта (ответчик) в качестве способа защиты пытается воспрепятствовать проведению арбитража в порядке, согласованном сторонами, отказаться от согласованной юрисдикции, значительно затормозить арбитражный процесс, а в конечном итоге добиться отмены арбитражного решения либо отказа в его исполнении.

Поскольку арбитражное соглашение является единственной основой международного коммерческого арбитража, ответчик начинает инициировать признание контракта недействительным (ничтожным), незаключенным, либо заключенным под влиянием обмана либо утратившим силу с тем, чтобы признать недействительным/ незаключенным, утратившим силу содержащееся в нем арбитражное соглашение, и соответственно оспорить компетенцию согласованного арбитража по рассмотрению возникшего спора.

В связи с этим возникает вопрос, влияет ли недействительность, прекращение действия контракта, его расторжение на содержащуюся в нем арбитражную оговорку.

С целью недопустимости необоснованного воспрепятствования проведению арбитража и для обеспечения такого важного преимущества арбитража как оперативность рассмотрения споров, в теории и практике арбитража появилась доктрина автономности арбитражной оговорки, которая впоследствии получила нормативное закрепление в национальном законодательстве и в большинстве регламентов постоянно действующих арбитражных учреждений. Проблема автономности арбитражного соглашения является одной из наиболее важных в международном коммерческом арбитраже. Важность теории автономности арбитражной оговорки подчеркивает тот факт, что эта теория признается большинством стран мира, всеми крупными арбитражными центрами, что нашло отражение в их регламентах, в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.

Доктрина автономности арбитражной оговорки не позволяет недобросовестной стороне безосновательно уклониться от согласованной юрисдикции, и включает исследование таких важных теоретических проблем, имеющих практическую направленность, как специфическая правовая природа арбитражного соглашения, предмет арбитражного соглашения, право, применимое к арбитражному соглашению, относительность или абсолютность автономности арбитражной оговорки,

срок ее действия, случаи, когда арбитражная оговорка утрачивает силу, последствия автономности арбитражной оговорки.

Общепризнанным является тот факт, что и доктрина, и национальное законодательство большинства государств придерживаются принципа самостоятельности арбитражной оговорки, которая имеет свой самостоятельный предмет и поэтому даже может иметь самостоятельное право, применяемое к арбитражному соглашению, т.е. сторонам предоставлено право избрать в качестве права, применимого к арбитражному соглашению, право иное, чем избрано сторонами в качестве права, применимого к основному контракту, хотя на практике право, применимое к арбитражной оговорке, согласовывается редко.

Именно потому, что арбитражное соглашение по своей юридической природе существенно отличается от основного материального правоотношения, оно носит автономный характер.

Для признания автономности арбитражного соглашения вводится юридическая фикция, фактически заключая один договор, стороны юридически заключают два – основной договор материально-правового характера и арбитражное соглашение.

Доктрина исходит из того, что стороны, заключая контракт, содержащий арбитражную оговорку, в действительности заключают не один, а два договора, два соглашения (договор в договоре), из которых второе (арбитражная оговорка) «переживает» первое (основной контракт). Таким образом, контракт, содержащий арбитражную оговорку, фактически состоит из двух частей – части, касающейся собственно договорных обязательств, и процессуальной части, касающейся порядка разрешения споров из них возникающих или с ними связанных».

При этом и в виде оговорки арбитражное соглашение остается особым и самостоятельным договором, а не одним из условий контракта.

В соответствии с доктриной автономности арбитражной оговорки арбитражная оговорка рассматривается как автономная, независимая, отделимая от основного контракта, потому способная «пережить» прекращение или даже изначальную недействительность последнего. Тем самым, несмотря на оспаривание действительности контракта, она дает легальное основание для формирования состава арбитража и вынесения им решения по существу спора.

Таким образом, именно специфическая правовая природа арбитражного соглашения, его смешанный характер дает основания для вывода о том, что «физически» включенная в текст контракта арбитражная оговорка сохраняет свою силу, вопреки общим положениям гражданского права, даже если при рассмотрении дела основной договор будет признан недействительным (ничтожным), незаключенным, расторгнутым.

Автономность арбитражного соглашения (арбитражной оговорки) рассматривается как положение, наделяющее согласно закону арбитражный суд компетенцией рассматривать и решать вопрос о действительности арбитражного соглашения отдельно (автономно) от вопроса о действительности договора, в который это соглашение (оговорка) включено или к которому оно относится. Поэтому общепринято раскрывать суть автономности арбитражного соглашения через соотношение недействительности основного договора и недействительности арбитражной оговорки.

В теории международного коммерческого арбитража автономность (отделимость) арбитражного соглашения рассматривается в двух основных аспектах – автономность арбитражного соглашения от основного договора и автономность арбитражного соглашения от национального законодательства.

«Теория отделимости» основывается на том, что, заключая арбитражное соглашение, стороны обычно предусматривают передачу в арбитраж любых споров, включая спор по поводу действительности самого контракта. При этом общепризнанным является тот факт, споры о недействительности контракта не подлежат рассмотрению в арбитраже в том случае, если подобные споры прямо исключены из сферы действия арбитражного соглашения. Поэтому некоторые типовые арбитражные оговорки, рекомендуемые арбитражными институтами, не предусматривают расширенный перечень споров, подлежащих передаче на рассмотрение арбитражного центра, ограничиваясь рекомендацией согласовать передачу на рассмотрение арбитража любых споров, возникающих в связи с настоящим контрактом.

В большинстве стран доктрина автономности арбитражного соглашения первоначально появилась в судебной практике и лишь потом стала нормой закона.

Принцип автономности арбитражной оговорки получил надлежащее законодательное закрепление как на уровне международного правового регулирования, так и на уровне внутреннего законодательства.

Арбитражное законодательство многих стран, особенно принявших свои национальные законы на базе Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном коммерческом арбитраже», содержит нормы об автономности арбитражного соглашения.

На уровне национального законодательства вопрос автономности арбитражной оговорки специально урегулирован в Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже». Так, согласно ч.1 ст.16 закона третейский суд может сам принять постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна толковаться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение третейским судом решения о недействительности договора не тянет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки. Эта статья воспроизведена дословно из модельного закона ЮНСИТРАЛ.

Идея самостоятельности арбитражного соглашения отражена также во многих регламентах арбитражных институтов и в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.

В соответствии с принципом «автономности» арбитражной оговорки «вопрос о действительности арбитражного соглашения должен рассматриваться третейским судом отдельно от вопросов о совершении (заключении) или о недействительности основного договора, и соответственно арбитраж сохраняет свою компетенцию на рассмотрение спора даже в том случае, когда основной договор признается недействительным».

Практическое значение автономности арбитражной оговорки усматривается в том, что «в случае возникновения спора о недействительности основного договора третейский суд в любом случае первоначально будет рассматривать вопрос о действительности третейского соглашения (так называемая доктрина *prima facie*) и,

только признав действительность третейского соглашения, может рассматривать вопрос о недействительности основного договора».

Как справедливо отмечается в юридической литературе, теория автономности арбитражной оговорки должна применяться как в правоприменительной деятельности третейских судов, так и в практике компетентных государственных судов.

Однако, несмотря на то, что в законодательстве Украины принцип автономности арбитражного соглашения отражен и в законе «О третейских судах» и в законе «О международном коммерческом арбитраже», положение о том, что арбитражное соглашение, заключаемое в виде оговорки в договоре, должно рассматриваться как не зависящее от других его условий, к сожалению, не всегда последовательно реализуется в нашей судебной практике. И это замечание справедливо как для хозяйственных, так и для общих судов.

В то же время справедливым является мнение о том, что не следует абсолютизировать независимость арбитражной оговорки, утверждая, что оговорка всегда «переживет» контракт, и мнение о том, что на оговорку как на соглашение сторон распространяются и общие положения обязательственного права о действительности договоров. Таким образом, если условие (условия) недействительности контракта, например, вопрос о полномочиях, в равной мере применимо к арбитражной оговорке, последняя также может быть на этом основании признана недействительной. Другое дело, что условия действительности арбитражного соглашения определяются в первую очередь нормами специального законодательства об арбитраже и зачастую могут не совпадать с условиям действительности самого контракта.

С другой стороны вряд ли можно считать оправданными требования о необходимости подтверждения дополнительных полномочий на заключение арбитражного соглашения, даже когда оно заключается как самостоятельный арбитражный договор, как и требование о необходимости подтвердить действительность арбитражной оговорки при принятии исполнения по контракту надлежаче уполномоченным лицом.

В любом случае нельзя не согласиться с тем, что в ряде случаев арбитражная оговорка может последовать судьбе недействительного, незаключенного договора, например, когда договор подписывается неуполномоченным или недееспособным лицом, под влиянием обмана, заблуждения, угроз.

Поэтому справедливым является мнение, что пределы автономности арбитражной оговорки определяются основаниями недействительности сделок. С другой стороны, подвергая критике данную точку зрения, обращается внимание на то, что при оценке действительности автономной арбитражной оговорки следует руководствоваться нормами специального третейского, гражданского (в части недействительности сделок) и процессуального законодательства (например, в части подведомственности), с чем также нельзя не согласиться.

Рассматривая вопрос о том, насколько арбитражная оговорка следует судьбе договора, каков срок ее действия, т.е. вопрос о соотношении срока действия контракта и срока действия арбитражного соглашения, следует отметить, что в качестве общего правила рассматривается правило (которое в законодательстве

некоторых стран прямо предусмотрено), согласно которому арбитражное соглашение распространяет свое действие на неопределенный срок, в том числе и на период, когда основное правоотношение закончило свое действие, но споры по нему остались. Тем самым арбитражное соглашение остается в силе даже после истечения срока действия основного договора до тех пор, пока не прекращены правоотношения.

В доктрине выделяют прямые и косвенные последствия автономности арбитражного соглашения.

Прямые следствия автономности арбитражного соглашения (как общее правило) усматривают в том, что:

- на действительность арбитражного соглашения не влияет действительность основного договора,

- арбитражная оговорка сохраняет свою силу в случаях, если:

«основной договор не вступил в силу, был расторгнут сторонами, признан недействительным, утратил силу в результате истечения срока своего действия, ненаступления условия, которое было согласовано сторонами как основание для его вступления в силу или исполнения», новации основного обязательства и т.д.

Прямые последствия расторжения договора для судьбы арбитражной оговорки предусмотрены в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980г.). Как указано в п1) ст.81 Конвенции расторжение договора не затрагивает каких-либо положений договора, касающихся порядка разрешения споров или прав и обязательств сторон в случае его расторжения.

К следствиям автономности арбитражного соглашения также относят возможность урегулировать арбитражное соглашение нормами иного права, нежели основной договор. Основным косвенным следствием автономности арбитражного соглашения в юридической литературе рассматривается принцип «компетенции – компетенции». При этом высказывается точка зрения, что смысл принципа автономности состоит в том, чтобы обосновать принцип «компетенции-компетенции» арбитража, т.е. дать возможность арбитражу самостоятельно определить, имеет ли он полномочия на рассмотрение конкретного дела.

В случае оспаривания ответчиком действительности контракта, возникает вопрос, кто вправе решать вопрос о действительности контракта, суд или арбитраж? Поскольку оспаривается компетенция арбитража, соответственно возникает вопрос, кто определяет компетенцию арбитража?

Как отмечается в юридической литературе, и в доктрине, и в национальном законодательстве, и в международном частном праве преобладающим является мнение, согласно которому вопрос о компетенции должен решаться самим арбитражем, а не государственным судом. Тем самым признается принцип арбитража, который назван принципом «компетенции–компетенции». При этом отмечается, что этот принцип соответствует природе арбитража как договорной юрисдикции.

В связи с этим доктрина автономности арбитражной оговорки тесно связывается с доктриной компетенции – компетенции, поскольку автономность арбитражной оговорки рассматривается как средство обеспечения принципа компетенции – компетенции.

Теории «автономности» арбитражной оговорки (соглашения) и «компетенции-компетенции» раскрывают взаимосвязь и соотношение полномочий арбитража и компетентных судов по вопросу действительности арбитражного соглашения.

Данный принцип закреплен также в Модельном законе ЮНСИТРАЛ (ст.16), и, что очень важно, – в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 г.). Так, согласно п.3 статьи V Конвенции, 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 либо наличии или действительности арбитражного соглашения или сделки, составной частью которого это соглашение является, с тем, однако, что указанное решение арбитражного суда может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом страны суда.

В соответствии с принципом «компетенции-компетенции» определяется последовательность контрольных полномочий в сфере проверки действительности арбитражного соглашения.

В юридической литературе особо подчеркивается, что «принцип «компетенции-компетенции» признается основными международными конвенциями, относящимися к международному коммерческому арбитражу, а также большинством национальных законодательств и большинством арбитражных регламентов постоянных арбитражных центров.

Суть данного принципа (который также называют «правилом хронологического приоритета») состоит в том, что при оспаривании одной из сторон действительности арбитражного соглашения первоочередное право рассмотреть вопрос о своей компетенции на разрешение спора предоставляется именно составу арбитров, хотя и с возможностью последующего контроля со стороны компетентного государственного суда на стадиях оспаривания или признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

В связи с этим достаточно распространенным является мнение, что не представляется возможным подавать иски в государственные суды о признании недействительными и тем более о расторжении арбитражного соглашения, обоснованное тем, что обратное противоречило бы прямому указанию законодателя о том, что никакое вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено законом.

В силу доктрины автономности (отделимости) арбитражной оговорки и доктрины «компетенции – компетенции» по законодательству большинства зарубежных стран вопрос о действительности основного контракта. вправе решать арбитры, а не государственный суд. Именно арбитры наделяются правом принимать решение по вопросам своей компетенции самостоятельно без обращения в суд, хотя и с последующей проверкой решения арбитров о своей компетенции компетентным судом.

Сложным, вызывающим дискуссии и различные подходы в теории и в практике, остается вопрос о возможности правопреемства по арбитражному соглашению. «Речь идет о перемене лиц в обязательстве – арбитражном соглашении – на основе универсального правопреемства (на основе закона, например, реорганизация

юридического лица) либо сингулярного правопреемства (исходя из соглашения об уступке права требования (цессии) или переводе долга)». Значительная полярность взглядов на данную проблему объясняется тем, что этот вопрос не регулируется ни на международном уровне, ни на уровне национального законодательства в сфере арбитража. Отсутствие четкого ответа на данный вопрос объясняется также сложной, до конца неопределенной природой арбитражного соглашения.

Если «перемена лиц в арбитражном соглашении на основе универсального правопреемства не вызывает сомнений у большинства правоведов», что позволяет в этом вопросе констатировать хотя и не большую, но все же консолидацию мнений, то возможность сингулярного правопреемства является наиболее дискуссионной проблемой, при исследовании которой высказываются различные, в том числе и полярные мнения.

Как свидетельствует судебная практика, украинские государственные суды также окончательно не определились в вопросе о том, является ли лицо, к которому перешло право требования, связанным с арбитражной оговоркой, содержащейся в контракте, по которому такое право требования возникло. Не единичны случаи, когда ответ на этот вопрос дается отрицательный, исходя именно из автономности арбитражного соглашения по отношению к основному договору.

На наш взгляд, можно прийти к выводу, что в качестве общего правила арбитражное соглашение сохраняет свою силу для новой стороны контракта, если иное не следует из содержания соглашения об уступке права требования.

Основными проблемами реализации основополагающих принципов автономности арбитражного соглашения и принципа «компетенции-компетенции» в судебной практике украинских судов (и общих, и хозяйственных), на наш взгляд, являются следующие:

- неединичные случаи обращения в хозяйственные суды с самостоятельными исками о признании арбитражных соглашений недействительными, расторжении и толковании арбитражных соглашений и рассмотрение этих исков государственными судами по существу с вынесением решений о признании арбитражных соглашений недействительными; в то же время хозяйственные суды обосновано отказывают в удовлетворении исков о толковании арбитражных соглашений;

- ошибочно применение общими судами ст. 213 Гражданского кодекса Украины как условия вынесения решения арбитражным судом о наличии своей компетенции по рассмотрению конкретного спора, в результате чего арбитражный суд неправомечно ограничивается в своем праве/обязанности толковать арбитражное соглашение для обоснования своей компетенции;
- необоснованно игнорируется такой способ заключения арбитражного соглашения как обмен иском заявлением и отзывом на иск (особенно при наличии дефектов арбитражной оговорки);
- необоснованно игнорируются последствия нарушения установленного статьей 4 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» порядка заявления возражений относительно каких-либо нарушений, допущенных в арбитражном разбирательстве.

- не всегда обоснованы отказы в удовлетворении ходатайств ответчиков о прекращении производства по делу в хозяйственных судах, основанные на наличии действительных арбитражных соглашений.

Несмотря на эти замечания, хотелось бы отметить наметившуюся в последний год положительную тенденцию в судебной практике относительно применения государственными судами законодательства о международном коммерческом арбитраже и основных доктринальных положений в сфере международного коммерческого арбитража, что способствует формированию имиджа Украины как страны, дружественной арбитражу.

АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И ПРИНЦИП «КОМПЕТЕНЦИИ-КОМПЕТЕНЦИИ»

*Чирич Александр (Сербия),
проф. д-р, юридический факультет Университета г. Ниш,
арбитр МКАС при ТПП Украины*

1. ВВЕДЕНИЕ

Международный арбитраж рассматривает спор между сторонами, только при наличии арбитражного соглашения. Оно изымает спор из компетенции национальных государственных судов общей и специальной юрисдикции и, одновременно, является конституционным актом юрисдикции международного коммерческого арбитража. Стороны арбитражного соглашения не могут уклониться от передачи спора на рассмотрение арбитража, как третейского суда. Короче говоря, арбитражное соглашение является предпосылкой и условием признания компетенции арбитража. Его использование, как негосударственного и альтернативного способа разрешения коммерческих споров, существенным образом актуализируется.

Договорная природа арбитража предопределяет вопросы, не лишенных многочисленных противоречий. Так, его компетенция может быть оспорена на основании недействительности арбитражного соглашения, которая, в свою очередь, определяется недееспособностью сторон, или несоответствием арбитражного соглашения установленной форме.

Задается вопрос, имеет ли арбитраж право принимать окончательное и самостоятельное решение о своей юрисдикции по конкретному арбитражному делу, если об этом расходятся мнения сторон. Из-за этого, в практике международных торговых арбитражных органов, а так же и в рамках законодательств и в юриспруденции, обсуждается проблема о присутствии, или отсутствии права арбитража, на самостоятельное решение вопроса его собственной компетенций, особенно в случае, когда подсудность этих органов оспаривает одна из сторон в споре. Наиболее предпочтительным методом определения компетенции международного коммерческого арбитража, является право международных торговых арбитражных органов на «компетенцию – компетенции», или право на «компетенцию по поводу компетенции». Оно стало принципом в практике международных торговых арбитражных органов. Состоится в их правомочии рассматривать и утверждать существование или отсутствие арбитражного соглашения и принимать постановление о своей компетенции.

Решение арбитража в связи права на компетенцию-компетенции подлежит пересмотру со стороны государственного суда, в процессе обжалования или приведении к исполнению арбитражного решения, по существу спора. Иными словами, право «компетенции-компетенции» международного коммерческого арбитража, в основе, требует ответ на вопрос: имеет ли арбитражный орган, вопреки оспариванию его юрисдикции, право самостоятельно принимать решение о собственном

полномочии решать конкретное спорное правовое отношение по поводу компетенции, под резервом последовательного судебного контроля.

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. Поскольку, это произойдет на самом деле, проблема высказывается, не только через вопрос имеют ли право арбитры приступить к выполнению своих функций, если кто-то из сторон, чаще всего ответчик, оспорит их компетенцию. 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 различные взгляды о самом характере арбитражного соглашения. По понятиям, которые сегодня преобладают, если арбитраж придет к выводу, что возражение об его компетенции не имеет основания, он приступает к принятию решения о сути предметного спора.²⁷ Однако, дилемма о позволении принципа «компетенции-компетенции» не освобождает нас других многочисленных вопросов, в связи которых практика и теория требуют четкий ответ.

2. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ КАК КОНСТИТУЦИОННЫЙ АКТ КОМПЕТЕНЦИИ АРБИТРАЖА И КОММЕРЧЕСКИЙ ХАРАКТЕР СПОРА

Арбитражное соглашение является волеизъявлением сторон о передаче арбитражу всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними, в связи с каким-либо конкретным договорным коммерческим правоотношением. 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).

«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.²⁸

Правила «компетенции-компетенции» и автономности арбитражного соглашения тесно взаимосвязаны, поскольку при отсутствии автономности соглашения,

27 Лебедев С. Н., *Международный коммерческий арбитраж: «Компетенция арбитров и соглашение сторон»*, Торгово-промышленная палата, Москва, 1988, стр. 123.

28 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>.

арбитры не могли бы решать вопрос своей компетенции в случаях, когда сторона заявляет о недействительности договора.²⁹

Арбитражное соглашение является плодом двух автономных волей, выражаемых частными субъектами, не зависящего при его принятии от какого-либо третьего лица, включая и государство. Соглашение можно определить как заключенный, между сторонами внешнеэкономического 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.

Закрепленное волеизъявление сторон обладает позитивным и негативным эффектами. Первый – позитивный, это пророгационный эффект, пока второй эффект имеет негативное действие – дерогацию. Первый эффект обеспечивает арбитражному соглашению конституционный характер в отношении компетенции арбитража, а другой – негативный, влечет изъятие спора из-под юрисдикции государственных и других судов общей юрисдикции. Арбитражное соглашение представляет юридический факт, влекущий за собой изменение подведомственности рассмотрения правового спора частно – правового характера. Из этого видно, что арбитраж имеет договорный и судебный элемент.³⁰

Компетенция арбитров принять решение о своей компетенции, определенная естественной границей международного коммерческого арбитража, состоящей из международных споров коммерческо-делового характера. При разрешении споров, которые по своей природе не являются коммерческими, не можно говорить о предполагаемой «компетенции – компетенции». Один из аргументов в пользу этой позиции состоит в том, что стороны в спорах делового и коммерческого характера, более или менее, находятся в одинаковом положении. Между ними нет «более слабой стороны», вследствие чего предполагается существование общей компетенции арбитража. В спорах, где, 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 (*Conseil des prud' hommes*).³¹

29 G.V. Born, *International Commercial Arbitration*. Vol. 1. Wolters Kluwer, 2009. p. 881.

30 Смотри: 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 и: 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.

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

3. ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ ДОКТРИНЫ «КОМПЕТЕНЦИИ-КОМПЕТЕНЦИИ» В СРАВНИТЕЛЬНОМ АРБИТРАЖНОМ ПРАВЕ

3.1. Напоминания общего характера

Доктрина «компетенции – компетенции» (нем. Kompetenz-Kompetenz), 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. Вначале было необходимо существование выраженного согласия сторон о полномочии трибунала на самостоятельно разрешение вопроса собственной юрисдикции. Кроме того, стороны в споре могли оспорить такой вид юрисдикции трибунала. Подведомственность арбитража временем все больше ширилась, конечно, при предпосылке существования арбитражного соглашения. Это относится и к «компетенции-компетенции».³² В настоящее время не требуется прямое соглашение сторон в споре, имея в виду, что этот вид юрисдикции является предполагаемой компетенции арбитража.³³

На основании принципа «компетенции-компетенции», арбитраж принимает решение о своей компетенции, хотя такая возможность не предусматривается прямо в арбитражном соглашении, или соответствующим правилам процедуры. Доктрину о предположенной юрисдикции арбитража решать вопрос собственной компетенции, несмотря на то, что такую возможность прямо не предусматривает арбитражное соглашение, либо соответствующие правила процедуры, признан и в Докладе Комитета по международному торговому арбитражу, из апреля месяца 2014 года.³⁴

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.³⁵

Имеют ли арбитры полномочие, до рассмотрения предмета спора, принять решение о действительности арбитражного соглашения, которым они назначены арбитрами.³⁶

32 Об этом более подробно см.: A. Chyrych (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.

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

34 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.

35 David R., *L'arbitrage commercial international en droit comparé*, Cours de droit comparé, Paris, 1968-1970.

36 A. Hollo, *travaux du Congrès international de l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage, 1961, No-2, p.69.

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.³⁷

В литературе подчеркивается, что «компетенция – компетенции» представляет полномочие арбитража ограниченное резервом последующего судебного пересмотра принятого решения о собственной компетенции (Kompetenz-Kompetenz; Competence de competence).³⁸ Договорная природа компетенции арбитража, в тоже время, является и хорошим основанием признания и приведения в исполнение арбитражных решений со стороны государственных судов.³⁹ Кроме того, некомпетентность арбитража является одним из правовых оснований ничтожности окончательного арбитражного решения. Таким способом, с одной стороны, арбитражному органу, уже с самого начала арбитражного производства, оставляется предупреждение в виде серьезных последствий возможной «ошибки» при оценке собственной компетенции, а с другой стороны дается возможность удовлетворения определенного уровня правовой защиты интереса заинтересованной стороне в споре.⁴⁰

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 недозволённости 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.⁴¹

Английские арбитры формально считались некомпетентными утверждать действительность не только арбитражной оговорки, а и действительность 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.⁴²

37 Mezger E, Competence des arbitre et indepéance 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.

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

39 Ч. Големинов, Международный торговский арбитраж, Международно тръговско право, София, 1992. стр. 475-476.

40 Об этом, О. Chirich (A. Ćirić), оп. цит. стр. 112.

41 В предмете Interocean Chipping Co, National Shipping and 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 Shipping and Trade Co: А. И. Минаков, Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров, Москва, 1985. стр. 60-61.

42 Yearbook of Commercial Arbitration, The Hague, v. II, 1977, p. 96.

В английской литературе высказывался больше отрицательный, чем положительный подход в ответе на вопрос о праве «компетенции-компетенции».⁴³ Все-таки, нет дилеммы, что арбитр может решать этот вопрос при условии, что стороны ему исключительно признали такое право. Подчеркивается, что суд, в процессе приведения дела к исполнению арбитражного решения, должен оценить и решить, не превысил ли арбитр границу полномочия сторон из компромисса – самостоятельного арбитражного соглашения, или из компромиссорной оговорки.⁴⁴

Во **Франции** долгое время считали, что сопротивление сторон установить компетенцию арбитров, отдельно из-за неважности арбитражного договора, является препятствием в принятии решения самими арбитрами. Они были обязаны 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.⁴⁵ 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,⁴⁶ 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.⁴⁷

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.⁴⁸

43 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.

44 В деле *Dalmia Dairy Industries v. National Bank of Pakistan* (1978). 2 Loyd's Rep. 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.

45 Так, французский Кассационный суд, рассматривая судебное дело *Societe Impex Societez 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: в – 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.

46 С. Н. Лебедев, *op. cit.*, стр. 12; F. Klein, *Rapport*, *Revue de l'Arbitrage*, 1961, No. 2, p. 56; Об этом и: P.H. Fouchard, *L'Arbitrage commercial international*, Volume II, Dalloz, Paris, 1965, p. 135.

47 См.: Ж. Сталев, Закон за международния търговски арбитраж, София, 1991. стр. 75; Ч. Големинов, *op. cit.* стр. 47.

48 M. Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Illinois, 1968, p. 56-57.

Вопрос о том, может ли арбитражный суд сам принимать решения о своей компетенции (Kompetenz-Kompetenz), долгое время оставался спорным и в «старом» немецком арбитражно-процессуальном праве. 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 затрагиваются, тогда эти части рассматривает государственный суд.

ГПК внес ясность в этот вопрос, прямо предусмотрев, в § 1040, возможность определения компетенции арбитража им самим. Признание права на определение своих правомочий отвечает практическим потребностям арбитражного процесса. В его отсутствие рассмотрение спора по причине сомнений в его подведомственности арбитражному суду может быть перенесено в суд государственный, чем отменяется арбитражная оговорка. Как бы избежать такой опасности, 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.⁴⁹

3.2.2. Новые тенденции

Принцип «Компетенции-компетенции», в современном периоде, опирается на более широкое начало об автономии воли арбитражного соглашения, т.е. автономии арбитражной оговорки в отношении к основному договору.⁵⁰ После его оспаривания, сегодня он признан и одобрен почти во всех современных правовых систем.

3.2.2.1. Одним из исключений, в отношении 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, только сейчас начинают принимать в его «четкие формы», через практику Верховного Суда.⁵¹

Так, в споре Rent-A-Center⁵² и Hall Street Assoc. v. Mattel, Inc.,⁵³ Верховный суд Соединенных Штатов, не только, что подтверждает принцип «компетенции-компетенции», но подчеркивает, что арбитражный суд обладает юрисдикцией для окон-

49 А. Амвросов, Noerr Stiefenhofer Lutz, Коммерческий арбитраж в Германии, http://www.hozpravo.ru/archive/2000/2000_1_p.pdf.

50 M. Graves, Y. Davydan, «Competence-Competence and Separability American Style», published as Chapter 8 in International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution (2011). p. 157, [http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=scholarly works](http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=scholarly%20works), сайт посещен 25 декабря 2014; 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 30 st 2011, p. 1. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract>, сайт посещен 27 декабря 2014.

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

52 130 S. Ct. 2772 (2010).

53 552 U.S. 576 (2008).

чательного «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.⁵⁴

Верховный суд, в споре *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*⁵⁵ 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 четкой договоренности сторон о другой 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 другому.⁵⁶

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, регулиющую осуществление правосудия французскими и международными арбитражными судами. В литературе оценивается, что создание благоприятных условий для развития международного коммерческого арбитража выражается, на сегодня

54 J. M. Graves, Y. Davydan, Competence-Competence and separability – American style (2011). p. 161.

55 475 U.S. 643, 649 (1986).

56 A. Trukhtanov, Separability of Arbitration Clause and 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 2014.

няшний день, во-первых, в ограничении французскими судьями компетенции при наличии действительного и исполнимого арбитражного соглашения.⁵⁷

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 суд за обеспечительными мерами при условии, что состав арбитража еще не сформирован.⁵⁸

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 означает выражением «негативный эффект», или приоритет *de lege prefredia*.⁵⁹ Несмотря на то, что в отношении «не-

57 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. Клейнер, de l'Université Paris1, Panthéon Sorbonne, «Французские суды и международный коммерческий арбитраж», Конференция, Москва, 17-18 июня 2013.

58 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. Клейнер, Школа Права Университета Париж, l'Université Paris 1, Panthéon – Sorbonne, «Французские суды и международный коммерческий арбитраж», Конференция, Москва, 17-18 июня 2013.

59 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.

гативного 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.⁶⁰

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.⁶¹ 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 соглашения, он выносит распоряжение о запрете проведения арбитражного разбирательства.⁶² 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. 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-а при ТПП Украины, в пункте 3 ст. 3 предусматривает, что «Состав Арбитражного суда вправе вынести постановление по заявлению

60 Ibidem.

61 <http://www.sccinstitute.com>.

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

об отсутствии у МКАС компетенции, указанному в пункте 2 настоящей статьи,⁶³ 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.⁶⁴

Весьма точной оценкой о негативной тенденции 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 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.⁶⁵ 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.⁶⁶

3.2.2.7. Перед Внешнеторговым арбитражем при Хозяйственной палаты Сербии, которая существует почти 70 лет, принцип «компетенции-компетенции»

63 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.

64 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.

65 Об этом и: Т. Г. Захарченко, Арбитражна угода як права основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбитраж, Міжнародний комерційний арбитраж в Україні, Теорія та законодавство, «Ин 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 практичні аспекти, «Літопис», Львів, 2013, стр. 372.

66 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>.

традиционно и регулярно применялся в его работе.⁶⁷ Арбитраж самостоятельно решает о своей компетенции и в случае, когда она оспариваемая.⁶⁸

Регламент Внешнеторгового арбитража при Хозяйственной палаты Сербии из 2014 года,⁶⁹ 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 предпринимается 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 не реагирует, или отказывается признать юрисдикцию, Секретариат Арбитража уведомляет истца, об отсутствии компетенции Арбитража и определяет сумму компенсации расходов Арбитража, подлежащих вычету из предварительно уплаченной суммы истцом.

Регламент Внешнеторгового арбитража при Хозяйственной палаты Сербии из 2014 года, предусматривает, что трибунал должен, в ходе всей процедуры, официально смотреть на подсудность арбитражного спора (ст. 14 Регламента). Закон об арбитраже Сербии,⁷⁰ 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. Также, 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

67 Об этом смотри и: А. Тирић, Међународна привредна арбитража, стање и перспективе, Београд, 1997, стр. 198. Также и: М. Kalodera, Arbitration as a Method of Setting of the Disputes arising from Commercial Agreements according to Yugoslav Law, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1968, str. 199.

68 Статья 15. Регламента Внешнеторгового арбитража при Хозяйственной палате Сербии (Službeni list SRJ, 52/97; 64/01; «Službeni glasnik RS», 74/04).

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

70 «Сл. гласник РС», бр. 46/2006.

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 четко⁷¹ принимает принцип «компетенции-компетенции»⁷².

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 арбитр 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 судебном 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).⁷³

Типовой (модельный) закон ЮНСИТРАЛА о международном торговом арбитраже⁷⁴ 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.

71 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.

72 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. Голдштайн, С. Трива, оп. цит. стр. 337, а так же и: Ph. Fouchard, L'Arbitrage commercial international, V. II, Dalloz, Paris, 1965, p. 151.

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

74 Текст Модель – закона принят на восемнадцатом заседании ЮНСИТРАЛ-а, от 03-21. 06.1985 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. Законодательство основано на тексте Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже с изменениями, принятыми в 2006 году, охватывает 97 юрисдикций в мире в 2014 году. В отношении вопроса компетенции-компетенции, различий между редакциями Типового закона 1985 г. и 2006 , не существуют, потому, что интересующие положения ст. 8 и 16 не изменялись. См.: Status UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

Право арбитража на вынесение постановления о своей компетенции, несомненно, подлежит судебному контролю.⁷⁵ 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. В тех более редких случаях, 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 36.⁷⁶

Статья 16 Модельного закона уполномочивает суд на последующий контроль над решением арбитров 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».⁷⁷

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».

75 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.

76 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.

77 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, N 4, <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=3739>.

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 уравнивание этой цели с риском нерационального использования времени и денег на арбитражный процесс было отдано на откуп сторонам и арбитражным судам.⁷⁸

Типовой закон не отвечает прямо на вопрос, что делать трибуналу и сторонам, если государственный суд приходит к выводу об отсутствии юрисдикции у арбитража. Типовой закон ограничивается указанием на основания отмены уже вынесенного арбитражного решения в подпунктах а) i) и а) 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 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.⁷⁹

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.⁸⁰

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).

Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде 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 предъ-

78 Ibidem.

79 Ibidem.

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

явление 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.⁸¹

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 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?⁸² 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.

81 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.

82 А.А. Костин, Некоторые проблемы международного арбитража, Третейский суд, <http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/3/art05.html>.

ОСНОВАНИЯ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ АРБИТРАЖНЫХ СОГЛАШЕНИЙ. ТОЛКОВАНИЕ АРБИТРАЖНЫХ СОГЛАШЕНИЙ И ПОЗИЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ СУДОВ ПО ЭТОМУ ВОПРОСУ

*Дроботова Татьяна (Украина),
кандидат юридических наук, Заслуженный юрист Украины,
судья Высшего хозяйственного суда Украины*

В процессе становления Украины как государства, признанного мировым сообществом, с каждым годом все большее значение приобретают внешнеэкономические связи ее резидентов с контрагентами из других стран, что является одним из ключевых факторов развития экономики страны в целом. Соответственно, как свидетельствует практика хозяйственных судов, с каждым годом увеличивается значимость и актуальность споров, возникающие по внешнеэкономическим договорам.

Именно по внешнеэкономическим договорам сторонами заключаются **арбитражные соглашения**, которые часто **включены в текст основного соглашения** либо **выражены в виде отдельного документа** в форме **арбитражной оговорки** (соглашения про передачу всех или определенных категорий споров, которые могут возникнуть между сторонами контракта в будущем, на рассмотрение в арбитраж) или в виде **третейской записи** – соглашения сторон про передачу любого уже существующего конкретного спора на рассмотрение третейского суда.

Фактически **арбитражное соглашение** является договоренностью сторон об избрании метода разрешения споров по внешнеэкономическим контрактам альтернативного судебному.

На рассмотрении хозяйственных судов чаще находятся договоры, в которых арбитражное соглашение составлено в виде **арбитражной оговорки**, оформленной одним из пунктов основного соглашения (контракта).

Такие соглашения предусматривают рассмотрение споров международным коммерческим арбитражем и, по сути, являются особым инструментом урегулирования споров, **не исключающим возможность разрешения спора по соответствующему договору государственным судом**.

Специфика арбитражного соглашения состоит в том, что оно является договором смешанного типа, поскольку, **будучи гражданско-правовым договором, оно имеет процессуальные последствия**.

Для квалификации арбитражного соглашения применяется гражданское законодательство, в отношении же решения вопроса о допустимости арбитражного соглашения и передачи спора из юрисдикции государственного суда применяется процессуальное законодательство.

При этом следует учитывать, что частью 1 статьи 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» закреплен **принцип автономности арбитражного соглашения**, который предусматривает следующее: «третейский суд может сам принять постановление о своей компетенции, в том числе в отношении любых возражений относительно наличия или действительности арбитражного со-

глашения. С этой целью **арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение третейским судом решения о недействительности договора не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражного соглашения».**

Таким образом, независимо от того, содержится ли **арбитражное соглашение** в отдельном документе или в основном контракте, оно **является самостоятельным договором**, и вопрос о его действительности решается как отдельный, то есть независимо от факта действительности либо недействительности договора, в котором такое соглашение содержится. При этом следует принимать во внимание также ту особенность, что **стороны в силу автономии воли могут предусмотреть право, применяемое к арбитражному соглашению, и оно может отличаться от того, которое применяется по сути спора (выполнения контракта).**

Как указывалось выше, одним из аспектов действительности арбитражного соглашения является его **допустимость**. Так, арбитражная оговорка является несоответствующей законодательству в следующих случаях:

- если **спор**, предусмотренный в арбитражной оговорке, **не может быть предметом рассмотрения третейского суда** в соответствии с императивными нормами, установленными как национальным законодательством, так и международными договорами;

- если **спор**, предусмотренный в арбитражной оговорке, **нарушает предметную и/или субъектную компетенцию третейского суда**. При этом, как правило, учитывается, что предметная компетенция *ограничена спорами по гражданско-правовым отношениям*, а субъектная – тем обстоятельством, что *хотя бы одна из сторон спора является нерезидентом*.

Так, постановлением Высшего хозяйственного суда Украины от **29.09.2014** по делу № **910/12147/13** были оставлены без изменений решения предыдущих судебных инстанций, которыми признаны недействительными положения договора в части арбитражной оговорки, поскольку она не соответствовала требованиям части второй статьи 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже».

В соответствии с указанной нормой **к международному коммерческому арбитражу могут по соглашению сторон передаваться:**

- споры по договорным и другим гражданско-правовым отношениям, возникающим при осуществлении внешнеторговых и других видов международных экономических связей, **если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей;**

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

При этом суды обратили внимание на то обстоятельство, что в соответствии с определением, данным в статье 116 Хозяйственного кодекса Украины, **предприятием с иностранными инвестициями является то, в уставном капитале которого иностранная инвестиция составляет не менее десяти процентов.**

Вместе с тем судами установлено, что стороны, заключившие арбитражное соглашение, указанному требованию не соответствуют, то есть не одно из них **не**

является предприятием с иностранными инвестициями, поскольку оба основаны государством в лице компетентных органов, иностранных инвестиций не содержат, зарегистрированы и находятся на территории Украины.

Подтверждает важность исследования вопроса субъектности и постановление Высшего хозяйственного суда Украины от **29.01.2014** по делу № **903/1055/13**.

Данным постановлением оставлено в силе постановление апелляционного суда, которым отменено определение суда первой инстанции о прекращении производства по делу в связи с ходатайством о применении арбитражного соглашения.

При этом установлено, что контракт, который содержит арбитражную оговорку, заключен между обществом с ограниченной ответственностью «Фуд Инвест» и частным предприятием «Лутекс», в то время как спор возник между частным предприятием «Лутекс» и обществом с ограниченной ответственностью «Фуд Сервис», то есть «Фуд Сервис» **не является стороной контракта, содержащего арбитражную оговорку.**

Вместе с тем суд указал, что материалы дела не содержат письменного соглашения ответчика на передачу продавцом своих прав и обязательств по контракту истцу, как это предусмотрено таким контрактом.

Следует отметить, что частью первой статьи 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» предусмотрено, что в случае если арбитражное соглашение является недействительным в силу закона, в признании или в исполнении арбитражного решения, независимо от того, в каком государстве оно было вынесено, может быть отказано.

В связи с этим исключительную важность и значение приобретает исследование судом вопроса действительности арбитражного соглашения в каждом конкретном споре.

При рассмотрении вопроса о действительности арбитражного соглашения с **материально-правовой точки зрения** проверяется его соответствие всем требованиям, которые предъявляются к действительности гражданско-правовых договоров. В частности, по законодательству Украины проверяется:

- соответствие содержания соглашения требованиям закона;
- соответствие формы соглашения, предусмотренной законом;
- заключение соглашения дееспособным лицом, соответствие соглашения, заключенного юридическим лицом, его правоспособности.

К примеру, постановлением Высшего хозяйственного суда Украины от **10.07.2012** по делу № **32/612** были оставлены без изменений решения предыдущих судебных инстанций о признании недействительным договора о совместной инвестиционной деятельности с участием иностранного инвестора и при этом отклонены доводы о неподведомственности данного спора хозяйственным судам.

Пункт договора, которым стороны предусмотрели, что любой спор, разногласие или претензия, вытекающие из такого договора или в связи с ним, передаются для окончательного решения путем арбитража в Арбитражный Институт Торговой палаты города Стокгольма, признан недействительным.

Рассматривая спор, хозяйственные суды указали на то, что стороны при заключении арбитражной оговорки не обратили внимание на то, что предметом до-

говора о совместной инвестиционной деятельности является имущество, находящееся на праве хозяйственного ведения (оперативного управления) стороны такого договора – государственного предприятия, то есть договор заключен в отношении государственного имущества Украины, при этом без участия собственника в лице Министерства обороны Украины, что противоречит законодательству.

Кроме того, в этом деле суд обратил внимание на то, что в соответствии со статьей 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» **сторона может попросить суд прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж (если не признает, что это арбитражное соглашение является недействительным, утратило силу или не может быть выполнено), не позднее подачи своего первого заявления по существу.**

Однако в данном деле ходатайство стороны о прекращении производства и направлении сторон в арбитраж было подано уже после его первого заявления, касающегося спора.

О важности соблюдения правил статьи 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» как в части момента обращения с ходатайством о прекращении производства в связи с наличием арбитражной оговорки, так и в части действий суда, направленных на исследование вопросов его действительности и реализуемости, свидетельствует также постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 22.04.2014 по делу № 916/2271/13, которым было отменено определение суда апелляционной инстанции о прекращении производства по делу, а само дело передано в апелляционный суд на новое рассмотрение.

При этом суд кассационной инстанции указал, что прекращая производство по делу, **апелляционный суд должен был исследовать вопросы действительности и возможности применения и выполнения арбитражного соглашения с учетом его положений в части проведения предварительных переговоров в 20-дневный срок.** Кроме того, апелляционный суд **не дал оценки имеющимся материалам дела, в том числе протоколам судебных заседаний суда первой инстанции в части того, излагалась ли заявителем позиция в отношении сути спора до момента подачи указанного ходатайства.**

В деле № 15/5027/497/2011, наоборот, при вынесении постановления от 07.03.2013 Высшим хозяйственным судом Украины было указано на то, что апелляционный суд ошибочно отменил определение местного суда о прекращении производства по делу, поскольку, как свидетельствуют протоколы судебных заседаний, **сторонами в назначенных судебных заседаниях пояснения по сути спора не давались, дело слушанием откладывалось без рассмотрения по сути, а материалы дела письменных пояснений также не содержат.**

Таким образом, суд апелляционной инстанции пришел к ошибочному выводу о том, что ходатайство было подано стороной после его заявления, касающегося сути спора.

Установив, что такое ходатайство подано в соответствии с порядком, предусмотренным частью первой статьи 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», Высший хозяйственный суд Украины оставил в силе определение суда первой инстанции о прекращении производства по делу в поряд-

ке, предусмотренном частью 1 статьи 80 Хозяйственного процессуального кодекса Украины.

В контексте применения судами статьи 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» представляет интерес также постановление **Верховного Суда Украины от 13.10.2010** по делу № **201у/2008**, которым оставлены без изменений решения предыдущих судебных инстанций об удовлетворении ходатайства об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины.

При этом суды установили, что стороны в контракте указали арбитраж, который не существует, а именно: в соответствии с пунктом контракта было предусмотрено, что если стороны не могут достичь соглашения, то разногласия подлежат рассмотрению в Международном Коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате **города Киева**, то есть **третейским судом, который не существует в Украине**. При этом суды учли, что одна из сторон контракта возражала против рассмотрения спора в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате **Украины**, который вынес решение о взыскании суммы долга по соответствующему контракту.

Таким образом, суды отменили решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, ссылаясь на недействительность указанного арбитражного соглашения.

Схожая ситуация имела место в деле № **5006/7/187нд/2012**.

Так, постановлением от **11.03.2014** **Донецкого апелляционного хозяйственного суда** по данному делу было оставлено в силе решение местного хозяйственного суда, в том числе в части отклонения ходатайства о прекращении производства по делу и направлении сторон в арбитраж.

При этом суды обратили внимание на то, что сторонами в договоре было предусмотрено, что споры или разногласия, возникающие по данному договору, будут рассматриваться исключительно Арбитражным Трибуналом Арбитражного Института Стокгольмской Торговой палаты. Однако **сторонами не был доказан тот факт, что спор может быть рассмотрен органом, указанным в договоре, а соответствующее арбитражное соглашение выполнено, поскольку не доказано существование такого органа как Арбитражный Трибунал Арбитражного Института Стокгольмской Торговой палаты**. При этом суды установили, что материалы дела свидетельствуют о существовании **Арбитражного Института Торговой палаты города Стокгольма**.

В отношении вопроса **толкования арбитражных соглашений** хотелось бы привести следующий пример из судебной практики.

В деле № **14/374-08** решением **Хозяйственного суда** Днепропетровской области от **11.03.2009** постановлено, что положения пункта контракта следует понимать так, что **спор, который может возникнуть между сторонами по такому контракту, должен быть рассмотрен в соответствии с требованиями Хозяйственного процессуального кодекса Украины**.

Постановлением Днепропетровского **апелляционного хозяйственного суда** от **03.06.2009** указанное решение местного суда отменено, и приведено следующее

толкование соответствующего пункта контракта: «Споры, которые могут возникнуть между сторонами по такому контракту, **должны рассматриваться международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате страны-ответчика**».

Суд кассационной инстанции при вынесении постановления от 12.08.2009 установил, что в связи с соглашением у уступке права требования и договорами о проведении расчетов по оплате свежего ядерного топлива, поступившего по контракту, происходили изменения в обязательствах сторон контракта. Отменив решения предыдущих судебных инстанций, Высший хозяйственный суд принял решение **об отказе в толковании содержания договора**.

При этом кассационный суд сослался на то, что такой иск касается **вопроса определения подведомственности споров, которые могут возникнуть в будущем в связи с выполнением контракта, однако данный вопрос должен решаться в каждом конкретном случае обращения с иском.**

КОМПЕТЕНЦИЯ ПО ВОПРОСУ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Гришко Сергей (Украина),

магистр права (Лондон), старший юрист CMS Cameron McKenna LLC

Краеугольным камнем арбитража является арбитражное соглашение. Оно же является фундаментом компетенции арбитражного суда. Очевидно, что арбитражное соглашение было бы ни к чему не обязывающей бумажкой, если бы оно не признавалось или не поддерживалось бы законом.

Статья II(3) Конвенции ООН о признании и исполнении иностранных арбитражных решений («**Нью-Йоркская конвенция**») устанавливает гарантию того, что соглашение об арбитраже будет уважаться национальными судами, к которым может поступить иск, по предмету который стороны обязались передать арбитражу.⁸³ Однако как быть в случае, если существует спор относительно действительности или объема арбитражного соглашения? Очевидно, что будет существовать конкуренция компетенций между судом и арбитражем. Кто имеет право решить, действительно ли арбитражное соглашение?

Ответом на данный вопрос частично является широко распространенная доктрина «компетенции компетенции» (*compétence de la compétence*, *Kompetenz-Kompetenz*), которая в самом общем виде исходит из того, что при наличии спора сам арбитр или арбитражный суд могут решить применимо ли данное арбитражное соглашение к конкретному спору или нет. Несмотря на широкое признание принципа «компетенции компетенции», он не имеет единообразного воплощения в национальных законодательствах и, за исключением Типового закона ЮНСИТРАЛ о внешнеторговом арбитраже,⁸⁴ в мире отсутствует консенсус относительно его границ и форм применения даже среди наиболее развитых правовых систем.

Наиболее сложным остается вопрос о распределении компетенции по вопросу действительности (объема) арбитражного соглашения между судом и арбитражем, в частности: является ли она взаимоисключающей или все-таки арбитраж и суд могут рассматривать вопрос о действительности или объему арбитражного соглашения независимо друг от друга. Данный вопрос является одним из важнейших при предварительном судебном контроле за арбитражем.

На примере правовых систем Франции, Англии, США, Германии и Украины

83 «Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

84 Статья 16(1) Типового закона может считаться каноническим воплощением принципа «компетенции компетенции»: «Арбитражный суд может сам вынести постановление о своей юрисдикции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражным судом решения о недействительности договора не влечет за собой ipso iure недействительности арбитражной оговорки».

мы проследим, какие подходы к разграничению юрисдикции суда и арбитража по вопросу действительности арбитражного соглашения существуют в законодательстве и практике различных стран.

1. ФРАНЦИЯ: АРБИТРАЖНЫЙ АБСОЛЮТИЗМ

Французское право и доктрина на протяжении десятилетий разработали два основных измерения «компетенции компетенции»: принцип «позитивной» «компетенции компетенции» и принцип «негативной» «компетенции компетенции».⁸⁵ Принцип «позитивной» «компетенции компетенции» означает, что арбитраж имеет юрисдикцию решить, действительно ли арбитражное соглашение, относящееся к спору, либо охватывает ли оно спорный вопрос. В свою очередь, принцип «негативной» «компетенции компетенции» означает, что юрисдикция по вопросу действительности арбитражного соглашения принадлежит исключительно арбитражу, по крайней мере, до вынесения решения.

Во Франции устоявшимся подходом, особенно после реформы 2011 года,⁸⁶ является такой, что негативная «компетенция компетенции» устраняет юрисдикцию суда, за исключением случаев, когда арбитражное соглашение «явно недействительно» или «явно не существует» и вопрос о его явной недействительности поставлен до того как сформирован состав арбитражного суда.⁸⁷

Таким образом, французское право полностью лишает суд права контролировать действительность арбитражного соглашения до вынесения арбитражного решения, за исключением случаев «явной недействительности» арбитражного соглашения на стадии, предшествующей формированию арбитражного трибунала.

2. АНГЛИЯ: ПРИОРИТЕТ ЭФФЕКТИВНОСТИ В СПОРЕ КОМПЕТЕНЦИЙ

Несколько по иному подходит к решению данного вопроса английский законодатель. На стадии подготовки английского арбитражного акта, работа над которым заняла более 10 лет, уже была понятна неизбежность конфликта юрисдикций суда и арбитражного суда.

В итоге, английский Парламент занял несколько иную позицию, чем законодатель французский: суд не может рассматривать вопрос о компетенции арбитражного трибунала, иначе чем по письменному ходатайству всех сторон арбитражного соглашения или же по ходатайству самого арбитража. Причем в последнем случае суд должен убедиться, что рассмотрение вопроса о компетенции арбитража приведет к экономии затрат, ходатайство было сделано без промедления и существует уважительная причина для решения этого вопроса именно судом.⁸⁸

85 Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: the New York Convention in Practice, стр. 260.

86 Декрет № 2011-48 от 13 января 2011 года.

87 Статьи 1455, 1465 Нового Гражданского процессуального кодекса Франции.

88 Статья 32 Арбитражного акта 1996 года Англии и Уэльса.

К сожалению, английский закон ничего не говорит о том, что делать в ситуации, когда вопрос о компетенции возникает до формирования состава арбитражного суда. В то же время, лорд Лонгмор в известном решении по делу *Fiona Trust*, которое было оставлено в силе Палатой лордов, отметил, что при наличии обоснованных сомнений в действительности/существовании арбитражного соглашения, английский суд может по своему усмотрению рассмотреть вопрос о действительности арбитражного соглашения, если это необходимо для решения вопроса о приостановке судебного рассмотрения по спору, охватываемому арбитражным соглашением.⁸⁹

3. ГЕРМАНИЯ: ВАРИАЦИИ НА ТЕМУ ТИПОВОГО ЗАКОНА

Немецкий закон о международном коммерческом арбитраже является, как и во Франции, частью гражданского процессуального законодательства известного как ZPO. Так, статья 1040 ZPO практически дословно воспроизводит текст статьи 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

В то же время, статья 1032 ZPO позволяет стороне напрямую обратиться в суд с ходатайством о разрешении вопроса о допустимости арбитража после начала арбитражного рассмотрения, но только до того момента, когда состав арбитража уже сформирован. Эта статья была введена в закон 1998 году с целью модернизировать законодательство и уберечь стороны от чрезмерных затрат на участие в арбитражном процессе, который заведомо обречен.⁹⁰ В то же время, подача такого ходатайства по ст. 1032 ZPO не нарушает ход арбитража.

Другими словами, немецкое законодательство так же, как и французское, признает «позитивную» «компетенцию компетенции» арбитража, однако намного сдержанней относится к ее «негативному» аспекту.

4. США: БОЛИВАРУ НЕ ВЫНЕСТИ ДВОИХ

В отличие от всех вышеперечисленных стран в США на федеральном уровне отсутствует законодательное закрепление принципа «компетенции компетенции». В то же время, Верховный Суд США неоднократно обращался к вопросу юрисдикции арбитража и разработал его в своей практике достаточно глубоко, рассматривая вопрос компетенции как т.н. «входной вопрос» (gateway issue) арбитражной юрисдикции.⁹¹

Так, в деле *First Options* Верховный Суд США признал, что в силу договорной природы арбитража арбитраж может иметь компетенцию решить вопрос о собственной компетенции только, если существуют «четкие и безошибочные доказательства» согласия сторон на наличие у арбитражного трибунала компетенции рассмотреть вопрос о собственной компетенции.⁹²

89 *Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* [2007] EWCA Civ 20; [2007] 1 All ER (Comm) 891, para 38.

90 Karl-Heinz Böckstiegel et al., Part I – Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview, in *ARBITRATION IN GERMANY*, p. 139.

91 George A. Bermann, The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration, *YJIL* 37:1, p. 29.

92 *First Options of Chicago, Inc. v Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

Кроме того, в деле *Buckeye* Верховный Суд США в своей практике провел различие между действительностью арбитражного соглашения и существованием арбитражного соглашения.⁹³ По его мнению, арбитры вправе вынести решение о действительности контракта, хоть бы его ничтожность была прямо установлена законом. Однако ситуация могла бы быть другой, если бы существование, а не действительность, самого арбитражного соглашения было бы под вопросом, например, в случае подлога.

5. УКРАИНА: ОСОБЫЙ ПУТЬ?

Вкратце рассмотренный нами опыт передовых арбитражных юрисдикций был бы интересен и Украине. Следует отметить, что Украина приняла за основу своего арбитражного законодательства Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 года, который признает принцип «компетенции компетенции». В то же время, практическая реализация данного принципа в Украине столкнулась с рядом сложностей.

Так, распространенной стала практика подачи исков о признании арбитражных соглашений недействительными. При этом, Высший хозяйственный суд Украины разъяснил, что несмотря на положения статьи II Нью-Йоркской конвенции, а также статей 8 и 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ, суды могут установить факт того, что арбитражное соглашение «недействительно, утратило силу или не может быть исполнено», только после полноценного судебного рассмотрения, проведенного в установленном законом порядке.⁹⁴

При этом статья 79 Хозяйственного процессуального кодекса обязывает хозяйственный суд приостановить производство по делу, если это невозможно до разрешения другого связанного спора судом или «органом, решающим хозяйственные споры» в пределах своей компетенции. Может ли данная статья быть использована для утверждения юрисдикции арбитражного суда и «негативной» «компетенции компетенции»?

Таким образом, это может свидетельствовать об отсутствии полноценного признания доктрины «негативной» «компетенции компетенции» украинскими судами. Очевидно, что данный вопрос требует дальнейшей разработки как на доктринальном уровне, так и на уровне правоприменения.

93 *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440 (2006).

94 Пункт 18 Информационного письма ВХСУ от 12.03.2009 р. № 01-08/163 «О некоторых вопросах, поднятых в докладных записках о работе хозяйственных судов Украины в втором полугодии 2008 года относительно применения норм Хозяйственного процессуального кодекса Украины».

ПРЕДЕЛЫ АВТОНОМНОСТИ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ

*Подцерковный Олег (Украина),
член-корреспондент НАПрНУ, д.ю.н., профессор, зав. кафедрой
хозяйственного права и процесса Национального университета
«Одесская юридическая академия», арбитр МКАС при ТПП Украины*

Современная судебная практика трактует принцип автономии арбитражной оговорки следующим образом:

- арбитражное соглашение сохраняет свою силу и после окончания срока действия договора, содержащего такое соглашение, если стороны не установили иное;
- расторжение договора не влечет прекращение арбитражной оговорки, если стороны специально не согласовали прекращение данного условия в случае расторжения договора;
- недействительность договора, содержащего арбитражную оговорку, не влечет недействительность оговорки;
- если договор признан незаключенным, оговорка, включенная в его текст, сохраняет свою силу;
- наличие между сторонами обязательственных отношений, возникших в силу заключения договора, не является доказательством наличия между ними и арбитражного соглашения (оговорки), если это прямо не указано в соглашении сторон.

Такая трактовка имеет законодательную основу: в ст. 16 Закона о международном коммерческом арбитраже предусматривается, что арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Решение третейского суда о недействительности договора не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки.

Однако поход относительно «абсолютной автономии» не выдерживает критики практикой.

По-первых, пределы автономности арбитражного соглашения весьма по-разному трактуются арбитражными и государственными судами.

Во-вторых, практика обжалования и приведения к исполнению решений третейских судов, хотя и основывается на различной законодательной базе в Украине по сравнению с международным арбитражем, но ввиду тождественности многих положений в этой сфере, накладывает свой отпечаток на понимание автономности арбитражных соглашений.

В частности, в одном из решений ВХСУ было указано, что на время подписания оспариваемого третейского соглашения представитель стороны выполнял одновременно не только полномочия руководителя должника, а именно и.о. председателя правления, но и полномочия распорядителя имущества должника по делу о банкротстве. На этом основании, ввиду отсутствия надлежащих полномочий

третейское соглашение было признано недействительным (Постановление ВХСУ от 25.06.2008 в деле 16/157-ПД-07). Таким образом отсутствие полномочий на заключение основной сделки послужило основанием и опровержения третейского соглашения.

В другом деле уже Верховный суд отметил, что, в частности, согласно ст. ст. 2, 5, 12 Закона Украины «О третейских судах» стороны могут заключить третейское соглашение в виде третейской оговорки и передать спор на рассмотрение третейскому суду. Однако совершение такой сделки не аналогичное полномочию в выданной истцом доверенности, поскольку заключение третейского соглашения, а в дальнейшем участие в третейском разбирательстве предусматривает договоренность сторон как на определение спора, который будет в этом суде рассматриваться, так и на определение конкретного или постоянно действующего третейского суда, места рассмотрения дела, а также его регламента. «Таких полномочий для представителя доверенность, выданная ОСОБА_40, не содержала». На этом основании третейское соглашение было признано недействительным. (Постановление Верховного Суда Украины от 30.05.2011 в деле № 6-13цс11).

Таким образом, основания недействительности основной сделки нередко увязываются с основаниями недействительности арбитражного соглашения.

Кстати, в этом ключе следует всячески возразить практике отдельных российских судов, которые, признавая незаключенным основную сделку, ставили вопрос о незаключенности и арбитражного соглашения, что достаточно аргументированно раскритиковано в российской литературе и, разумеется, не может повторяться в Украине, особенно в ключе оснований признания сделки незаключенной как следствия недостижения согласия по всем существенным условиям договора.

Арбитражное соглашение имеет свои существенные условия. В юридической литературе высказано мнение, что к ним относятся: арбитражный порядок рассмотрения спора; точное наименование коммерческого арбитража, компетентного рассматривать спор; круг споров, подлежащих рассмотрению; вопрос о применимом праве [3]. Думаю, что для арбитражного соглашения достаточно лишь двух условий – определения наименования арбитражного суда и четкое определение спор по какому контракту подлежит им рассматривать. Применимое право, а также другие условия не могут влиять на его содержание и возможность реализации, так как это уже не процессуальные, а материальные положения конфликта.

Каковы же реальные пределы автономности арбитражного соглашения?

Может ли быть в принципе поставлен вопрос о ее недействительности, влекущее правовые последствия в виде отсутствия компетенции рассматривать спор арбитражем.

На мой взгляд – лишь в исключительных случаях

В случае, когда компетентный суд может разрешить вопрос о недействительности арбитражного соглашения как потенциально – это решается при разрешении вопроса о компетенции арбитража, – так и прямо, когда дело рассматривается судом общей юрисдикции и разрешается вопрос о передаче дела в арбитраж.

Оба эти вопроса следует рассматривать во взаимосвязи, так как без учета последствий разрешения вопроса о компетенции арбитража нельзя говорить об эф-

фективности арбитражного производства, которое таким образом становится бесцельным, если игнорируется практика судов общей юрисдикции оп недействительности арбитражного соглашения.

В данном случае следует соотносить положения ст. 8 Закона «О международном коммерческом арбитраже» и ст. 34 этого же закона. В первом случае предусматривается право государственного суда, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что это арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть выполнено. Во втором, частности, основания для обжалования решения арбитража в случае, предусмотренном ст. 34 Закона «О международном коммерческом арбитраже», когда одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, была какой-либо мере недееспособна; или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а в случае отсутствия такого указания – по закону Украины.

В этом контексте нельзя согласиться с Б. Карабельниковым и С. Мальским, которые усматривают проблему у неточном переводе между российским и английским (а также французским) текстом Нью-Йоркской конвенции, учитывая что в п.3 ст. II английского варианта Конвенции указывается термин «null and void», что на самом деле означает «ничтожность», а не «недействительность». Авторы Конвенции в действительности имели в виду именно из «ничтожность», а не «недействительность», что подтверждается п.а п.1 ст.V Конвенции, где в английской версии используется иной срок («void»), а в русской версии, опять же таки – «недействительность». Аналогичная ошибка содержится и в российском варианте п.1 ст.8 Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также в п.1 ст.8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраж». Поэтому право суда отказаться от передачи дела в арбитраж по причине недействительности арбитражного соглашения предлагается толковать ограничительно – лишь в отношении ничтожных арбитражных соглашений [1, с. 78; 2, с. 96].

В переводе конвенции быть может и заложена некоторая неточность, но она не меняет проблему в корне. В случае, когда государственный суд – не важно до или после арбитражного разбирательства – полномочен решить вопрос о действительности арбитражного соглашения и, как следствие, решить судьбу арбитражного решения, игнорировать этот факт при установлении компетенции арбитражного суда бессмысленно.

И тут мы можем наблюдать очевидную связь между недействительностью основной сделки и арбитражного соглашения. В том числе, когда основная сделка заключена с недееспособным лицом, то и арбитражное соглашение, очевидно, является недействительным в силу естественной связанности, как правило, единого порядка подписания этих сделок.

Тут, конечно, проблема в разрешении вопроса о недееспособности юридического лица. В буквально-юридическом значении некомпетентность органа юридического лица вовсе не означает недееспособность юридического лица в целом. Тут нужно применять другие основания признания сделки недействительной. В частности, в данном случае следует говорить о применении положений, например, ст. 207

Хозяйственного кодекса о недействительности сделки, совершенной с превышением компетенции, иных положений о нарушении положений закона. А также положений ст. 207 ХК о порядке подписания сделки юридического лица уполномоченными лицами. Здесь предписания конвенции о недееспособности и предписания законов Украины о компетенции и дееспособности всецело гармоничны.

Таким образом, дефект сделки по поводу хозяйственной компетенции на заключение основной сделки автоматически приводит к дефекту арбитражного соглашения, поскольку почти невозможно представить себе не только две разные сделки в виде отдельных документов, содержащих разных – правомерный и неправомерный – круг представителей, но и четкое соотношение такого арбитражного соглашения с основной сделкой для целей арбитражного разбирательства.

Признание недействительной арбитражной сделки по тому же основанию, что и основной сделки, в иных случаях затруднено.

Закон, также как и конвенция 1958 года, связывает такую возможность с недействительностью на основании права, применяемого к арбитражному соглашению.

В то же время, как правильно указывается в литературе, выбор права, применяемого к арбитражному соглашению, само по себе является сложным, так как нельзя отождествлять право, применяемое к основной сделке и к арбитражному соглашению.

В этом контексте признать недействительным арбитражное соглашение по другим основаниям, ввиду недействительности основной сделки, представляется весьма затруднительным.

В частности, например, когда не соблюдена нотариальная форма удостоверения сделки, теория автономности арбитражного соглашения позволяет говорить о том, что здесь отсутствуют основания для признания арбитражного соглашения недействительным (статьи 219, 220 ГК), т.к. законом не предусмотрена нотариальная форма арбитражного соглашения.

Ничтожность основной сделки ввиду нарушения положений закона при ее заключении также не обязательно влечет ничтожность арбитражного соглашения ввиду того, что такая ничтожность, как правило, связывается с содержанием основной сделки, а не арбитражного соглашения. Речь не идет о сделках, где ничтожность связывается с недееспособностью подписанта 2) совершенные без разрешения органа опеки и попечительства (ст. 224 ГК); 3) которые нарушают публичный порядок (ст. 228 ГК); 4) совершенные малолетними лицами (ст. 221 ГК); 5) совершенные недееспособными лицами (ч. 1 ст. 226 ГК). Это основание выделено отдельно и в Конвенции и в Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже» как основания, отвергающего арбитражную компетенцию. Нельзя ничтожность арбитражного соглашения связывать и с ничтожностью сделки, совершенной с нарушением в отдельных случаях – простой письменной формы (например, обеспечения обязательств), т.к. прямо такое последствие для арбитражной сделки законом не предусмотрено, а в случае отсутствия письменной формы арбитражного соглашения – нарушается общий посыл к письменной форме внешнеэкономических контрактов и хозяйственных договоров (ст. 207 ГК, ст. 180 ХК, *частина друга статті 6 Закону*

«Про зовнішньоекономічну діяльність»), что приводит к незаключенности арбитражной сделки, а не ее недействительности.

В то же время следует говорить о недействительности арбитражного соглашения в случае, когда договор заключен под воздействием обмана, насилия, ошибки или преднамеренного соглашения сторон (ст. 229, 230, 231, 232 ГК). Хотя здесь не предусмотрена ничтожность сделки, однако она проистекает из схожих с таким основанием, как недееспособность, для обжалования арбитражного решения.

Кроме того, объективные интересы практики, на мой взгляд, требуют подходить к анализу арбитражного соглашения с позиции соблюдения установленного для его заключения публичного порядка тех стран, право которых применяется к контракту, и стран, где решение суда подлежит исполнению.

Соблюдение публичного порядка в этом случае является весомым пределом действительности арбитражного соглашения. Но в данном случае следует не просто установить нарушение сверхимперативных норм, но такое состояние сделки в целом, когда нельзя предположить действительность даже какой-либо ее части, прежде всего, арбитражного соглашения.

Проблематичным является, в то же время, определение самого понятия публичного порядка. Этот порядок явно нарушается в случае неарбитрабельности соответствующих споров по основаниям, предусмотренным законодательством.

Тут проблема имеет широкий характер и связана с неоднозначностью положений Закона о третейских судах, которая исключает споры, подведомственные международному коммерческому арбитражу из-под исключений, на которое третейское соглашение не может распространяться. Его решение – вопрос будущей судебной реформы и, насколько я знаю, вопрос о расширении компетенции третейского суда стоит на повестке дня работы этого органа.

Наконец, вопрос об автономности арбитражного соглашения нельзя однозначно решить без решения вопроса о компетенции арбитража.

В частности, в случае отсутствия компетенции МКАС рассматривать спор в связи не только с недействительностью, но и в связи с дефектом арбитражного соглашения сделки, не можем говорить об автономности арбитражного соглашения. Зависимость, разумеется, тут не прямая, т.к. отсутствие компетенции по рассмотрению сделки может быть связано вообще с отсутствием арбитражного соглашения, а не его «пределами».

В данном случае отсутствие компетенции может основываться на явном дефекте арбитражного соглашения.

Но здесь есть одно важное обстоятельство – как толковать арбитражное соглашение. Если это делать, руководствуясь статьей 213 ГК Украины, то может возникнуть проблема, ведь положения данной статьи исходят из приоритетности буквального толкования условий сделки перед ее смыслом.

Подобное буквальное толкование уже получило чрезвычайно вредное применение, когда компетенция МКАС рассматривать спор была опровергнута государственным судом по причине буквального прочтения арбитражного соглашения. В частности, Шевченковским судом 27 июля 2009 года (впоследствии оставлено без изменений Верховным судом Украины). При отмене решения МКАС по иску ПКО

«АГРО» к «Arcelormittal Ambalaj Celigi Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi» (Турция) суд отметил, что в арбитражной оговорке следующего содержания: «если стороны не могут прийти к соглашению, то разногласия подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате в г. Киеве», было указано несуществующее арбитражное учреждение. Исходя из этого, по мнению суда, МКАС не имел полномочий на рассмотрение спора. Примеры других подобных дел также приводятся в литературе [4]. В основе ущербности такого решения лежит не только игнорирование того факта, что в Украине нет другого международного арбитража и де-факто, и де-юре, но и совершенное игнорирование очевидного указания на г. Киев как на место арбитража, а не его название. Буквальное прочтение, таким образом, может существенно подорвать стабильность восприятия арбитражного соглашения.

Однако, как представляется более оправданным, в том числе с точки зрения приоритета международного договора над актом национального законодательства является применение статей 8 и 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция 1980 г.), если иметь в виду фигуру «разумного лица», используемую в ней в качестве объективного критерия при истолковании намерений сторон: «заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с ее намерением, если другая сторона знала или не могла не знать, каково было это намерение», «если предыдущий пункт неприменим, 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; «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.

Аналогичным образом, Принципы международных торговых договоров, разработанные УНИДРУА, устанавливают следующее: 1. Договор должен толковаться исходя из общей воли сторон, если таковая может быть выяснена. 2. Если такая общая воля не может быть выяснена, договор должен быть истолкован в соответствии со значением, которое было бы дано разумными лицами, имеющими сходное со сторонами положение, и в сходных обстоятельствах. При этом во внимание принимаются все обстоятельства, включая (а) предшествующие договору переговоры между сторонами, (б) практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, (в) последующее за заключением контракта поведение сторон, (г) характер и цель договора, (д) значение, придаваемое обычно в рассматриваемой отрасли терминам и выражениям, (е) обычаи.

Западное законодательство в большей степени также обращает внимание на намерения или действия сторон. Первой целью договора должно быть установление общей воли сторон – данные положения содержатся, например, в ГК Германии, Италии.

В том числе важно установить и устоявшуюся практику между сторонами, если речь идет об арбитражном рассмотрении их споров.

Поэтому при разрешении вопроса о действительности и реальных пределах арбитражного соглашения важно произвести толкование этого соглашения с учетом анализа объективного волеизъявления сторон, а не текстуального, буквального содержания, так как последнее противоречит международным обязательствам Украины.

Литература:

1. *Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей: Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. – 3-е изд., пере-раб. и доп. / Б.Р. Карабельников. – М.: Статут, 2008. – 383 с.*
2. *Мальський М. М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти: Монографія. – Львів: Літопис, 2013. – 374 с.*
3. *Николюкин С. Международный коммерческий арбитраж // https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw121_kommerch_arbitrarbitration.pdf*
4. *Марченко Р. Пактика отмены решений МКАС // <http://blog.liga.net/user/rmarchenko/article/8937.aspx>*

ЮРИСДИКЦИОННЫЕ ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ОТКАЗА В ПРИЗНАНИИ И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С ВОЗРАЖЕНИЕМ ПРОТИВ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ И КОМПЕТЕНЦИИ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Буяновская Ольга (Украина),

адвокат, представитель в Украине международной ассоциации «Interleges»

Арбитражное соглашение позволяет исключить участие государственного суда из разрешения спора в случае отказа от права на оспаривание арбитражного решения и его добровольного исполнения. При неисполнении арбитражного решения в добровольном порядке государственные суды рассматривают заявления об отмене и/или приведении в исполнение арбитражного решения.

Международно-правовой основой признания и исполнения иностранных арбитражных решений является Конвенция ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений», принятая 10 июня 1958 года в Нью-Йорке (далее – *Нью-Йоркская Конвенция*), участниками которой являются 153 страны (по информации ЮНСИТРАЛ по состоянию на ноябрь 2014 г.), в том числе и Украина.

В Украине признание и исполнение арбитражных решений регулируются ст.ст. 35, 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», которые соответствуют Нью-Йоркской Конвенции.

Положения арбитражных соглашений и арбитражных регламентов не препятствуют стороне, против которой вынесено арбитражное решение, предоставить возражения против приведения его в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией и национальным законодательством той страны, в которой это арбитражное решение предъявляется к исполнению взыскателем.

Государственный суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу. При обращении взыскателя в компетентный суд по месту нахождения стороны, против которой направлено арбитражное решение, или ее имущества в случае обоснованных возражений и предоставлении доказательств суд может отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Статья V Нью-Йоркской Конвенции и ст. 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» содержит исчерпывающий перечень оснований для отказа в приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража, которые можно разделить на две группы:

1. основания, на которые государственный суд может ссылаться только по заявлению стороны, возражающей против приведения в исполнение решения международного арбитража (данные основания связаны с недостатками арбитражного соглашения и процедуры проведения арбитража);

2. основания, на которые суд может ссылаться по собственной инициативе (такие основания связаны с проблемами арбитрабельности и публичного порядка)

Сторона, возражающая против принудительного исполнения арбитражного решения, часто прибегает к так называемым юрисдикционным основаниям, свя-

занным с возражениями против действительности арбитражного соглашения и компетенции арбитража, приведенным в подп. «а» и «с» п. 1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции. В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если сторона, против которой оно направлено, представит компетентной власти доказательства того, что:

«а) стороны в соглашении, указанном в статье II, были по применимому к ним закону в какой либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено...

с) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение...»

Такие же основания значатся и в подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже».

Бремя доказывания наличия таких оснований лежит на стороне, возражающей против исполнения арбитражного решения.

Нью-Йоркская Конвенция не отвечает на вопросы, вправе ли сторона ссылаться на юрисдикционные основания на этапе признания и приведения в исполнение арбитражного решения, если она не выдвигала этих возражений во время арбитражного производства.

Согласно пунктам 1 и 2 статьи V Европейской Конвенции «О внешнеторговом арбитраже» 1961 года (*далее – Европейская Конвенция*), вступившей в силу для Украины 07 января 1964 года, отвод арбитражного суда любой из сторон по неподсудности должен быть заявлен в арбитраже не позднее представления соответствующей стороной своего искового заявления или своих возражений по существу дела, если этот отвод основывается на отсутствии или недействительности арбитражного соглашения или утраты им силы; а если он основывается на том, что поставленный вопрос превышает полномочия арбитра, то, как только будет поставлен в ходе арбитражного процесса вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. Если возражение против компетенции состава арбитража не будет заявлено своевременно, прибегнуть к нему на этапе признания и приведения в исполнение арбитражного решения уже не удастся.

Стороне, возражающей против исполнения в Украине, необходимо учитывать положения ст. 4 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» об утрате стороной, которая знает о проведении арбитражного разбирательства с определенными юрисдикционными недостатками, права на заявление соответствующих возражений.

Возражения против признания и принудительного исполнения решения в связи с тем, что стороны, заключившие арбитражное соглашение, были в какой-либо мере недееспособны по применимому к ним закону, выдвигаются для оспаривания арбитражного соглашения и вывода об отсутствии у арбитров полномочий по разрешению спора.

Сторона, возражающая против исполнения, нередко ссылается на подписание арбитражного соглашения неуполномоченным лицом (не всегда со стороны, против которой вынесено решение) или с превышением одной из сторон своих полномочий, которые вытекают из применяемого к ней закона о правоспособности.

Руководствуясь подп. «а» п. 1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции, компетентный государственный суд обязан обратиться к закону, которым регулируется правовое положение данной стороны (*lex societatis*), а не к собственному закону о правоспособности соответствующих лиц и не к закону, которому было подчинено арбитражное соглашение и/или договор, в состав которого вошло арбитражное соглашение.

В соответствии с п. 1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции, подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» доказательства неспособности стороны, в том числе и сведения о содержании иностранного права, могут быть представлены суду лицом, возражающим против исполнения решения международного арбитража.

Никаких специальных или дополнительных полномочий для подписания арбитражного соглашения не требуется. Вполне достаточно обычных полномочий по подписанию сделки от имени соответствующей стороны. При этом желательно, чтобы лицо было бы должным образом уполномочено представлять организацию, от имени которой оно подписывает договор.

Так, 24 января 2013 определением Срибнянского районного суда Черниговской области было удовлетворено ходатайство иностранной компании о признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение решения арбитражного суда Международной организации торговли зерном и кормами ГАФТА от 23 декабря 2011 года о взыскании денежных средств вместе с процентами с украинского предприятия. В ходе судебного разбирательства представитель украинского предприятия сослался как на основание для отказа в признании и исполнении арбитражного решения на недееспособность одной из сторон арбитражного соглашения, указав, что директор украинского предприятия на момент заключения контракта от 27 августа 2009 года не имел достаточного объема полномочий на подписание контракта, т.к. в соответствии с Уставом договоры на сумму, превышающую 1000 000 грн., подписываются только с предварительного согласия Общего собрания украинского предприятия. Суд не принял во внимание возражения и указал, что ст.36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» предусмотрена недееспособность сторон при заключении арбитражного соглашения, а не внешнеэкономического контракта...В то же время представителем не доказано наличие недееспособности сторон при заключении арбитражного соглашения... Определение суда первой инстанции было оставлено без изменений определением апелляционного суда Черниговской области от 12 марта 2013 года. Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел определением от 20 мая 2013 года отказал в

открытии кассационного производства в связи с тем, что кассационная жалоба и изложенные в ней доводы не вызывают необходимости проверки материалов дела.

Ст. II Европейской Конвенции ограничивает возможность ссылаться на дефекты своей правоспособности в связи с заключением арбитражных соглашений для государственных организаций стран – участниц Конвенции, в соответствии с которой, если государство при подписании или ратификации Европейской конвенции или при присоединении к ней не сделало специальной оговорки, то его организации будут «иметь возможность заключать арбитражные соглашения».

Возражения против исполнения решения международного арбитража также могут аргументироваться недействительностью самого арбитражного соглашения.

Основаниями для вывода о недействительности арбитражного соглашения являются:

1. несоблюдение письменной формы арбитражного соглашения;
2. противоречие арбитражного соглашения нормам права, которыми регулируются вопросы действительности этого соглашения;
3. противоречие арбитражного соглашения истинным намерениям сторон

Несоблюдения письменной формы арбитражного соглашения.

Нью-Йоркская Конвенция предусматривает две возможные формы арбитражного соглашения: в договоре и в отдельном соглашении о передаче спора на рассмотрение арбитража, которое может быть как подписано сторонами, так и заключено посредством обмена письмами или телеграммами.

В пункте 2 статьи 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» предусматривается, что арбитражное соглашение заключается в письменной форме, при этом соглашение считается заключенным в письменной форме и в том числе, если оно заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск. **Имеет место фиксация арбитражного соглашения путем совершения в процессе разбирательства конклюдентных действий.**

На 39-й сессии ЮНСИТРАЛ в Нью-Йорке в 2006 г. были приняты изменения и дополнения к Типовому закону ЮНСИТРАЛ, а также Рекомендация относительно толкования п. 2 ст. II и п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции. В отношении формы фиксации арбитражного соглашения была рекомендация применять пункт 2 статьи II Нью-Йоркской Конвенции, исходя из признания того, что содержащееся в нем описание обстоятельств не носит исчерпывающего характера. Во многих странах уже приняты и действуют национальные законы, допускающих исполнение арбитражных решений без предъявления оригинала арбитражного соглашения или его заверенной копии, как это предусмотрено ст. IV Нью-Йоркской Конвенции. Не требуется предъявлять арбитражное соглашение или его копию при обращении к принудительному исполнению арбитражного решения на территории Франции, Швеции и Норвегии.

Исходя из нашего опыта признания и исполнения иностранных арбитражных решений в Украине, рекомендуется закреплять арбитражное соглашение на бума-

ге или с помощью обычных средств связи, фиксирующих направление и получение корреспонденции.

Так, определением апелляционного суда Днепропетровской области от 28 августа 2014 года было отменено определение Бабушкинского районного суда г. Днепропетровска от 13 февраля 2014 года о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного суда о взыскании с украинского предприятия денежных средств, дело направлено в тот же суд на новое рассмотрение в связи с тем, что суд первой инстанции, удовлетворяя ходатайство о признании и исполнении иностранного арбитражного решения, не выяснил вопросы о наличии арбитражного соглашения и его условий.

Что касается противоречия арбитражного соглашения нормам права, которыми регулируются вопросы действительности этого соглашения, Нью-Йоркская Конвенция содержит правило, в соответствии с которым в признании и принудительном исполнении арбитражного решения может быть отказано, если арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где было вынесено решение (подп. «а» п. 1 ст. V).

При этом не встречаются рекомендуемые арбитражные оговорки или договоры, в арбитражных соглашениях которых предусматривается отдельное избрание права, применимого к арбитражному соглашению. Как правило, стороны закрепляют в договоре выбор материального права, применимого к отношениям между ними, ссылаются на тот или иной арбитражный регламент и устанавливают место проведения арбитража, но не указывают право, которым должны регулироваться вопросы действительности арбитражного соглашения, хотя выбор сторонами такого права прямо предусмотрен Нью-Йоркской конвенцией.

Таким образом, если в договоре не указано, какому именно национальному праву стороны подчинили включенное в договор арбитражное соглашение, то для решения вопроса о действительности арбитражного соглашения, как правило, приходится применять нормы права страны, где будет проведен арбитраж и должно быть вынесено арбитражное решение (*lex arbitri*), а не материальное право, которому подчинен договор.

В практике основания для вывода о недействительности арбитражного соглашения используются в делах, связанных с арбитражными оговорками, которые одна из сторон считает недостаточно четко сформулированными и **не позволяющими установить истинные намерения сторон в отношении арбитражного механизма разрешения спора.**

Так, представляя интересы Эстонской компании, в мае 2012 года мы обратились в Овручский районный суд Житомирской области с ходатайством о предоставлении разрешения на принудительное исполнение решения арбитражного суда Эстонской Торгово-Промышленной палаты от 29 декабря 2010 года о взыскании с украинского предприятия суммы долга и выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение. Украинское предприятие возражало против предоставления разрешения на принудительное исполнение, заявляя о недействительности арбитражного соглашения, ссылаясь на то, что стороны не согласовали орган, который

рассматривает спор, его компетенцию и процедуру рассмотрения. Украинское предприятие обосновывало возражение тем обстоятельством, что в п.8.3. контракта, заключенного между сторонами 14 марта 2008 года, указано, что любые споры, связанные с исполнением этого договора, подлежат передаче на рассмотрение и окончательное разрешение **Международному коммерческому арбитражному суду при Торгово-Промышленной Палате Эстонии**. А решение вынесено **арбитражным судом Эстонской Торгово-Промышленной палаты**. Украинское предприятие заявило, что при Эстонской ТПП, кроме постоянно действующего арбитража, может быть создан арбитраж *ad hoc* с названием МКАС при ТПП Эстонии. Суд первой инстанции исследовал п.8.3 указанного договора, который содержал в себе также условия о применении в процессе рассмотрения и рассмотрения спора Регламента МКАС при ТПП Эстонии, г. Таллинн. Арбитражный суд состоит из единоличного арбитра. Решения МКАС при ТПП Эстонии являются окончательными и обязательными для сторон. Эстонский суд в своем решении указал, что слова «международный» и «коммерческий» только уточняют компетенцию суда, но не изменяют название суда. Украинское предприятие не обжаловало решение арбитражного суда. Определением Овручского районного суда Житомирской области от 02 ноября 2012 года удовлетворило ходатайство о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного суда. Определением апелляционного суда Житомирской области от 20 декабря 2012 года определение суда первой инстанции было оставлено без изменений. Определением Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению уголовных и гражданских дел от 14 марта 2013 определения судов первой и апелляционной инстанции были оставлены без изменений.

Очевидным выводом является необходимость точной формулировки арбитражного соглашения.

В соответствии с подп. «с» п. 1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона «О международном коммерческом арбитраже» сторона, возражающая против приведения в исполнение решения международного арбитража по юрисдикционным основаниям, может ссылаться на то, что соответствующее арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения.

Такие возражения часто выдвигаются не на этапе приведения в исполнение или оспаривания арбитражного решения, а в ходе арбитражного разбирательства. В случае несогласия арбитров у стороны возникает возможность еще раз заявить такой аргумент о выходе арбитров за пределы арбитражного соглашения в ходе приведения в исполнение или оспаривания решения международного арбитража.

В рекомендуемых типовых арбитражных оговорках включены все споры, вытекающие из соответствующего договора, в том числе споры, касающиеся его недействительности и ничтожности, что позволяет рассматривать все возникающие споры в международном арбитраже.

ГИБКОСТЬ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ

*Лехтинен Леена (Финляндия),
доктор экономических наук, кандидат юридических наук,
юридическая фирма «Лекс Леена Лентинен»,
арбитр МКАС при ТПП Украины*

Предметом настоящей статьи является арбитражное соглашение в международных договорах или сделках. В статье уделяется внимание вопросам, которые, как правило, надо решать в каждом процессе международного третейского разбирательства: это форма и срок действия арбитражного соглашения. Обсуждая действительность арбитражного соглашения необходимо учитывать доктрину «автономности» арбитражной оговорки.

Поскольку на практике я являюсь арбитром чаще всего в МКАС при ТПП в России, а также гражданином Финляндии, в статье привожу примеры из законодательства России и Финляндии, а также доктрину в большей части из Финляндии. Вместе с тем, учитываю, конечно, и законодательство Украины.⁹⁵

Основным правовым актом для определения формы арбитражного соглашения в международных договорах или сделках является Нью-Йоркская конвенция 1958 г.⁹⁶ Хотя исполнение решений не является задачей арбитражного суда, арбитры должны принять во внимание требование относительно признания и приведения в исполнение их решений в разных государствах.

Нью-Йоркская конвенция требует признания письменного соглашения о передаче в арбитраж споров сторон договорных отношений. Для приведения в исполнение решения сторона должна представить подлинное арбитражное соглашение.⁹⁷ Это требование, как правило, содержится в процессуальных законах государств участников Нью-Йоркской конвенции.

В Финляндии один нормативный акт регулирует вопросы третейского разбирательства внутри государства и в международных делах, а также основные вопросы признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных в других государствах.⁹⁸ В Украине и в России вопросы международного третейского разбирательства регулируют специальные законы.⁹⁹

95 Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» от 24 февраля 1994 года № 4002-ХІІ (в ред. 2005 г.).

96 Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года).

97 Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года) ст. I.

98 Закон о третейском разбирательстве в Финляндии, *Laki välimiesmenettelystä* 23.10.1992/967. www.finlex.fi/laki/alkuper/1992/19920967.

99 Закон о международном коммерческом арбитраже РФ № 5338-1 от 07.07.1993 г. (в ред. 2008 г.) // Российская газета. № 156. 14.08.1993.

Конвенция определяет: «Термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами.»¹⁰⁰

Закон Финляндии содержит главу об арбитражном соглашении.¹⁰¹ Арбитражное соглашение должно быть оформлено письменно. Закон более подробно определяет требования письменной формы. В том числе включены также обмен телефаксами или иными средствами, из которых очевидно, что стороны договорились о решении спора арбитрами. В доктрине Финляндии предусмотрено, что заключение арбитражного соглашения должно происходить именно обменом документами – корреспонденцией или другими способами, но не односторонне, например, оговорками в оферте: согласие сторон должно быть письменно, а не устно (по телефону и т.п.).¹⁰²

На практике редко заключается отдельный письменный договор, подписанный обеими сторонами одновременно. Особенно во внешней торговле широко используются общие условия контрактов, в которых, как правило, включена и арбитражная оговорка.¹⁰³ Ссылка на общие условия должна содержаться в контракте, который стороны заключили в письменной форме.

На практике встречается также комплекс разных договоров и соглашений, которые относятся к большим проектам, часто к строительству. Сначала заключается документ, подписанный сторонами, содержащий арбитражную оговорку. Во время реализации проекта – например, строительства – необходимо договорится о разных конкретных действиях и заключаются отдельные контракты, приложения, дополнительные соглашения и т.д.

В течение исполнения таких отдельных обязательств встречаются проблемы и даже правовые споры. В доктрине и в практике Финляндии широко поддерживается мнение, что в таких случаях арбитражная оговорка, содержащаяся в первичном контракте, захватывает также и отношения, которые прямо связаны с проектом в целом. Не обязательно, что в договорах, касающихся этих отдельных обязательств, содержалась бы арбитражная оговорка. Такая же «гибкость арбитражного соглашения» встречается в разных договорах о сотрудничестве между предприятиями.¹⁰⁴

Гибкое толкование арбитражного соглашения необходимо также при определении срока действия арбитражного договора. Такие вопросы встречаются именно в ситуациях с комплексными договорами, когда арбитражная оговорка включена в основном документе, а определенный в этом документе срок действия очень короткий, и после окончания срока появляются споры. В доктрине и в практике Финляндии подчеркивается, что по принципу «автономности» арбитражной оговорки недействительность или прекращение срока действия основного договора не влечет за собой автоматически недействительность арбитражной оговорки.¹⁰⁵

100 Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года) ст II 2.

101 Закон о третейском разбирательстве в Финляндии, ст 2-6.

102 Gustaf Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, Kauppakaari OY, Helsinki 1997, c. 18-19.

103 Matti S. Kurkela, Välimiesmenettelylaki, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996, c. 24-25.

104 Reino Erma, Aimo Guttorm, Leena Lehtinen, Välimiesmenettely Suomessa ja Venäjällä, Erma Toimisto, Tampere 1998, c. 238-241.

105 Gustaf Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, Kauppakaari OY, Helsinki 1997, c. 28-29.

Законы Украины и России о международном коммерческом арбитраже определяют форму арбитражного соглашения, схожую с законом Финляндии. Соглашение считается заключенным в письменной форме, когда сделано с использованием средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения.¹⁰⁶ Арбитражное соглашение по праву Финляндии также можно заключить, используя электронные методы связи, но арбитражная оговорка обязательно должна быть напечатана.¹⁰⁷

Следовательно, в контракте заключенном в интернете, в электронной коммерции, арбитражное соглашение должно быть законным, поскольку существует такая возможность, что арбитражная оговорка будет напечатана. Гибкость арбитражного соглашения захватывает, таким образом, также электронную коммерцию. При этом нужно учитывать ратификацию Россией Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах.¹⁰⁸

Российский и Украинский законы о международном коммерческом арбитраже определяют, что «Соглашение считается заключенным в письменной форме, ...путем обмена иском заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.»¹⁰⁹ Такой подход не отвечает праву Финляндии, поскольку заключение арбитражного соглашения должно происходить путем обмена в письменной форме выражения воли, желания обеих сторон. Законодательные нормы относительно признания и приведения в исполнение арбитражных решений в Финляндии требуют обязательного существования арбитражного соглашения. Только при представлении арбитражного соглашения сторона может ссылаться на то, что спор не должен быть объектом процесса в государственном суде.¹¹⁰ Поэтому в российско-финских или украинско-финских отношениях существует угроза того, что происходят параллельные процессы: в арбитраже по закону России или Украины и в государственном суде в Финляндии. В результате могут быть два противоречивых решения.

De lege ferenda может быть целесообразно для внесения изменений в закон Украины о международном коммерческом арбитраже именно по этому вопросу.

106 Закон о международном коммерческом арбитраже РФ ст 7.2 и Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже», ст 7.2.

107 Reino Erma, Aimo Guttorm, Leena Lehtinen, Välimiesmenettely Suomessa ja Venäjällä, Erma Toimisto, Tampere 1998, с. 38

108 Постановление Правительства РФ от 24.10.2013 г. № 940 о принятии Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах. (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts // [www.trieties.un.org/resolution A/60/21/](http://www.trieties.un.org/resolution/A/60/21/)).

109 Закон о международном коммерческом арбитраже РФ ст 7 и Закон о международном коммерческом арбитраже Украины ст 7.

110 Закон о третейском разбирательстве в Финляндии, ст 5; Reino Erma, Aimo Guttorm, Leena Lehtinen, Välimiesmenettely Suomessa ja Venäjällä, Erma Toimisto, Tampere 1998, с. 42-44, 165-166; Gustaf Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, Kauppakaari OY, Helsinki 1997, с. 31-32.

РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ МЕЖДУНАРОДНОЙ АССОЦИАЦИИ ЮРИСТОВ ПО СОСТАВЛЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ОГОВОРК

Мальский Маркиян (Украина),

к.ю.н., адвокат, партнер Адвокатского объединения Arzinger

ВСТУПЛЕНИЕ

При составлении внешнеэкономического или иного договора с иностранным элементом, стороны всегда тщательно и подробно описывают основные положения о сотрудничестве и условия касательно предмета договора, но в то же время, часто не думая о возможных спорах, – упускают из внимания такой важный раздел соглашения, как разрешение споров.

Вместе с этим, часто именно неправильно составленная арбитражная оговорка имеет следствием невозможность ее выполнения как на этапе обращения в арбитраж, так и на этапе признания и исполнения арбитражного решения. Дефектная арбитражная оговорка ведет к неоправданным затратам времени и денег, а также к правовой неопределенности иста.

С целью минимизации советуемых рисков, юристы единогласны в том, что анализировать возможность и эффективность исполнения воли сторон касательно порядка разрешения споров необходимо еще на этапе составления договора, путем тщательного составления арбитражной оговорки с учетом всех особенностей договорных правоотношений.

Согласно п. 1 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ от 21 июня 1985 года «О международном торговом арбитраже», **арбитражным соглашением** является соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким либо конкретным правоотношением, независимо от того, носит оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

В международном коммерческом праве арбитражному соглашению уделяется столь существенное внимание, что оно может быть выделено даже в отдельное соглашение или же приложение к договору. Следует отметить, что стандартной практикой западных юрисдикций является рассмотрение арбитражной оговорки, как такой же важной части сделки, как, например, условия поставки или оплаты. При этом содержание такой оговорки, а именно место арбитража, язык, право и правила, применяемые при разрешении споров, количество арбитров и порядок их избрания – являются условиями, подлежащими детальному обсуждению сторонами с целью достижения полного понимания по каждому из указанных пунктов.

В Украине, к сожалению, совсем противоположная практика – часто арбитражные оговорки копируются из других договоров или произвольно переводятся с другого языка (необязательно оригинала), что полностью искажает их смысл. Приведенное влечет, например, к невозможности признания достижения согласия сторон об арбитраже (как арбитражным, так и национальным судом), или к избра-

нию арбитража, стоимость которого несоизмерима со стоимостью спора и невозможность обращения в национальный суд в связи с оговоркой, а также к иным препятствиям в реализации воли сторон по разрешению споров.

С целью подготовки «правильной» арбитражной оговорки мы предлагаем обратиться к опыту лучших юристов в области международного права, а именно к разработкам Международной Ассоциации Юристов (*далее – МАЮ*) в этом направлении. Прежде всего, следует указать, что Международная Ассоциация юристов, будучи созданной в 1947 году в настоящее время насчитывает около 55 000 членов и является одной из крупнейших и наиболее известных профессиональных международных ассоциаций, которая объединяет юристов по всему миру. МАЮ дает возможность обмена информацией и мнениями между членами ассоциации, как в области законодательства и правоприменительной практики, так и в сфере профессиональных и публичных интересов, связанных с практикой международного коммерческого права.

Мы предлагаем обратить Ваше внимание на разработанные МАЮ **руководящие принципы по составлению международных арбитражных оговорок** (*далее – принципы*), утвержденные решением Совета МАЮ в октябре 2010 г.¹¹¹, которые достаточно тщательно и полно описывают почти все важные или проблемные аспекты, на которые следует обратить внимание при составлении арбитражной оговорки.

Принципы призваны содействовать обеспечению эффективности и исполнимости арбитражных оговорок, точно отражающих намерения сторон. Не давая обязательные указания того, какой конкретный выбор стороны должны сделать в том или ином случае, документ составлен для предоставления сторонам информации о существенных условиях действительной оговорки и о тех аспектах процесса, которые они могут определить заранее.

Руководящие принципы МАЮ по арбитражным оговоркам знакомят как с альтернативами, которые стороны могут выбрать, так и с рисками, которых следует избегать. Они разработаны для содействия не только специалистам по арбитражу, но и, в частности, штатным юристам и специализирующимся в договорном праве юристам, которые обычно занимаются составлением договоров, но не знакомы со сложными вопросами арбитражного процесса.

Соответствующие принципы были классифицированы и разделены на 5 групп, которые приведены ниже:

Основополагающие Руководящие принципы составления текста

Руководящий принцип 1: Сторонам следует сделать выбор между институциональным арбитражем и арбитражем *ad hoc*

Руководящий принцип 2: Сторонам следует выбрать арбитражный регламент и в качестве отправной точки использовать типовую оговорку, которая рекомендована для такого арбитражного регламента

111 Копии Руководящих принципов МАЮ по арбитражным оговоркам можно заказать в МАЮ или загрузить с сайта <http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines>.

Руководящий принцип 3: Сторонам следует широко определить круг споров, подлежащих разрешению в арбитраже, и при отсутствии особых обстоятельств не следует стремиться ограничить круг этих споров

Руководящий принцип 4: Сторонам следует выбрать место арбитража. Этот выбор должен основываться на практических и правовых соображениях

Руководящий принцип 5: Сторонам следует указать число арбитров

Руководящий принцип 6: Сторонам следует указать порядок назначения и замены арбитров, а в случае арбитража *ad hoc* – определить компетентный орган

Руководящий принцип 7: Сторонам следует указать язык арбитражного разбирательства

Руководящий принцип 8: Сторонам следует указать право, применимое к Договору и вытекающим из него спорам

Руководящие принципы, касающиеся составления факультативных положений

Факультативное положение 1: Полномочия арбитражного суда и судов в отношении временных и обеспечительных мер

Факультативное положение 2: Предоставление документов

Факультативное положение 3: Вопросы конфиденциальности

Факультативное положение 4: Распределение расходов и сборов

Факультативное положение 5: Необходимая квалификация арбитров

Факультативное положение 6: Сроки

Факультативное положение 7: Окончательный характер арбитражного разбирательства

Руководящие принципы по составлению оговорок о многоступенчатом порядке разрешения споров

Руководящий принцип 1 для оговорок о многоступенчатом порядке разрешения споров: *В оговорке необходимо указать срок для проведения переговоров или посредничества, начинающийся с момента наступления определенного и бесспорного события (т.е. письменного требования), после которого любая из сторон вправе передать дело в арбитраж.*

Руководящий принцип 2 для оговорок о многоступенчатом порядке разрешения споров: *В оговорке следует избегать указания на арбитраж как на возможный, а не как на обязательный.*

Руководящий принцип 3 для оговорок о многоступенчатом порядке разрешения споров: *В оговорке следует определить споры, подлежащие разрешению в ходе переговоров или посредничества и арбитража, используя одинаковые термины*

Руководящие принципы по составлению арбитражных оговорок с множественностью лиц

Руководящий принцип 1 для арбитражных оговорок с множественностью лиц: *В оговорке следует учитывать последствия множественности лиц для целей назначения состава арбитражного суда*

Руководящий принцип 2 для арбитражных оговорок с множественностью лиц: *Оговорка должна предусматривать разрешение сложных процессуальных вопросов (вступление в дело, привлечение к участию в деле), которые возникают вследствие множественности лиц.*

Руководящие принципы по составлению арбитражных оговорок при наличии множественности договоров

Руководящий принцип 1 при наличии множественности договоров: *Арбитражные оговорки во взаимосвязанных договорах должны быть совместимыми.*

Руководящий принцип 2 при наличии множественности договоров: *Сторонам следует рассмотреть возможность объединения арбитражных дел, возбужденных по взаимосвязанным договорам, в одно производство.*

Следует отметить, что приведенные принципы – это не единственные разработки ассоциации в сфере международного коммерческого арбитража. В частности, в этом направлении МАЮ также были составлены: Руководящие принципы относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration); Руководящие принципы международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже (The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration) (*так называемые «Правила вежливости»*); Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration). Мы настоятельно рекомендуем всем юристам, которые имеют дело с международным коммерческим правом и внешнеэкономическими договорами – внимательно ознакомиться из указанными документами и активно использовать их в работе.

Мы убеждены, что участие в таких международных профессиональных ассоциациях является не только возможностью получить новый уникальный опыт и обмен знаниями, но это также прекрасный плацдарм для расширения собственного профессионального кругозора.

THE NEW ARBITRATION LAW OF THE NETHERLANDS

*Тиммерманс Вим Альберт (Нидерланды),
д.ю.н., партнер адвокатской фирмы «Тиммерманс и Саймонс»,
арбитр МКАС при ТПП Украины*

I. INTRODUCTION

As per 1 January 2015, a new arbitration law has entered into force in The Netherlands. Main objectives of the new Law include a revision of the existing law with a view to bring it more in line with international practice, including the UNCITRAL Model Law on International Commercial arbitration, to streamline arbitration proceedings, and to remove unnecessary obstacles.

The present article will discuss the main features of the new Law and focus on the provisions dealing with the arbitration agreement. In addition, it will also discuss court practice with regard to various aspects of the arbitration agreement. Finally, a number of conclusions will be drawn.

II. THE NEW ARBITRATION LAW OF THE NETHERLANDS

In 2013, a draft law amending the current arbitration law was submitted to the second chamber of the parliament of the Netherlands. The current – and new – arbitration law is contained in the Code of civil procedure as book 4. Already the first version of the Dutch Code of civil procedure of 1838 provided for arbitration (Articles 620-657 of the 1838 version). The last revision of the Dutch arbitration law was in 1986, when the current version was enacted, which is contained in Articles 1020-1076 of the Dutch Code of civil procedure.

The previous version of the Law distinguishes between domestic (Articles 1020-1973) and foreign arbitration (Articles 1074-1076). In the new Law, the distinction between domestic and foreign arbitration has been lifted.

III. GROUNDS FOR THE NEW ARBITRATION LAW

The most important reasons for updating the existing arbitration law were to modernize the law and to bring it more in line with international practice. Unnecessary obstacles have been removed such as the obligation to deposit the arbitral award with the competent court in order to give it effect. Also, proceedings have been simplified and administrative burdens eased. For instance, rather than upholding the present procedure for setting aside an arbitral award, including a two-stage appeal procedure consisting of a first instance procedure and a procedure before a court of appeal, the first instance stage has been abolished. As a result, parties wishing to seek the cancellation of an arbitral award have now only one instance to challenge the award, i.e., the Court of Appeal. Note that the cassation stage with the Supreme Court has been upheld. Clearly, the abolition of one stage of appeal will contribute to a swifter appeal procedure.

Also, the drafters wished to further strengthen the position of The Netherlands as an attractive country for international arbitration. A further reason for the update was to

bring the Law more in line with the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration.

IV. MOST IMPORTANT CHANGES

Apart from the above mentioned changes – lifting of distinction between domestic and foreign arbitration; challenge of an arbitral award in one instance only (apart from cassation); and abolition of the requirement of deposit of the arbitral award with the competent court – further changes include:

- Electronic proceedings will be allowed;
- Decisions on the challenge of an arbitrator will be taken by the arbitration court itself rather than referring the challenge to the competent state court;
- Making arbitration more attractive for consumers;
- A number of editorial changes have been made with a view to strengthen legal certainty.

V. UNCHANGED – THE ARBITRATION AGREEMENT

The provisions with regard to arbitrability and the arbitration agreement have not been changed. Article 1020 of the Law provides what types of disputes may be settled by arbitration. Such must be disputes arising out of legal relations whether or not based on an agreement, as well as additions or amendments thereof, and the determination of the quality or status of things. Also, disputes regarding compensation of damages or debts due may be settled by arbitration.

For reasons of evidence, an arbitration agreement must be made in writing. However, a tacit arbitration agreement will, in principle, be accepted, too. It may also be proven by electronic means. Further, arbitration clauses contained in general terms and conditions are also allowed except in dealings with consumers. They have the option to address a court of law.

VI. UNCHANGED – ARBITRABILITY

Not subject to arbitration are cases leading to ‘establishing legal consequences that are not up to the discretion of the parties.’ Such cases include:

- Cases of public order because of the erga omnes effect; the indication therefor is, for instance, the exclusive jurisdiction of specific courts such as courts for hearing bankruptcy claims, family matters, etc.
- Intellectual property issues such as granting or canceling a patent;
- Company law issues, including the annulment of a decision of a management body of a company; however, disputes regarding shareholders’ agreements may be subject to arbitration;
- Also, disputes arising out of labor law, lease, transport may all in principle be settled by arbitration.

VII. PRIVATE INTERNATIONAL LAW PROVISIONS REGARDING THE ARBITRATION AGREEMENT

Under a new Article 166 of the Dutch Law on private international law (Book 10 of the Civil Code of The Netherlands deals with private international law), the substantive validity of an arbitration agreement shall be determined by Dutch law, unless the parties have made a choice of law.

Further, a new Article 167 of Book 10 Civil Code has been introduced stipulating that legal entities established under public law may not rely on legal regulations of a body of such legal entity with the purpose to:

- Challenge its competence to enter into an arbitration agreement; or to
- Contest the arbitrability of the dispute.

VIII. THE ARBITRATION AGREEMENT IN RECENT COURT PRACTICE

In recent years, the Supreme Court of The Netherlands (*Hoge Raad der Nederlanden*) ruled in more than 30 cases on the validity of the arbitration agreement. When studying these judgments the following categories of cases can be distinguished:

- Absence of a valid arbitration agreement;
- Incorrect interpretation of an arbitration agreement;
- Arbitrability of disputes;
- Arbitration clause in General Conditions;
- Arbitration clause contained in a Bilateral Investment Treaty (BIT);
- Arbitration agreements and third persons;
- Liability of arbitrators;
- Contradiction with charter and/or the law.

Below, some of the above categories will be discussed in greater detail.

a. Incorrect interpretation of an arbitration agreement

An arbitration clause, which refers disputes to a non-existing arbitration tribunal may lead to the invalidity thereof. However, in its decision of 27 March 2009, the Supreme Court¹¹² did not annul an arbitral award rendered by such a ‘non existing’ tribunal on that ground but rather on the ground that the arbitrator appeared to have interpreted his appointment incorrectly. On 7 and 10 April 1997, respectively, the parties concerned (or rather the claimant’s predecessor and one of both respondents) concluded a ‘Gentleman Agreement’ [*sic*] regarding the payment of commission. Said agreement referred disputes to the Arbitration Court of ICC in Paris. On 4 September 1998, the same parties entered into an ‘exclusivity agreement’ (regarding distribution of live stock in Libya), which contained an arbitration clause referring disputes to ‘the Arbitration Court of The International Court of Den Bosch, Holland’, a non existing arbitral tribunal.

The relevant article 5 of the exclusivity agreement read as follows:

Par. 5

1. This agreement is subject to and shall be interpreted under the rules of equity and justice. The Dutch law is applicable.

112 ECLI:NL:HR:2009:BG4003.

2. All disputes, which may possibly arise between the two parties in connection with this agreement, shall be settled exclusively by the Arbitration Court of The International Court in Den Bosch, Holland. The award of the Court will be final and binding for both Parties, which hereby commit themselves to fulfill it voluntarily.

A dispute arose regarding the question whether or not payment of a commission fee was due. The district court of Roermond appointed a single arbitrator on the basis of the exclusivity agreement. In his decision of 26 February 2003, the arbitrator determined that the city of Maastricht should be considered the place of the arbitration. Also, he ruled that the tribunal had jurisdiction to hear the dispute. In his final award, the arbitrator inserted in his award before the decision the heading: 'deciding as a good man in accordance with justice' («*Rechtdoende als goede man naar billijkheid*») but appeared to have based his decision on Dutch law. Also, the arbitrator declined the claim of the plaintiff and awarded the defendant an amount of more than Euro 700,000. The arbitral award was deposited with the court of Maastricht on 27 February 2003.

The claimant sought to challenge the arbitral award but this was rejected in first and second instance by the district court and the court of appeal. As a result, the award was upheld. Finally, the claimant initiated a cassation procedure with the Supreme Court of The Netherlands, which held that the arbitrator – with a view to the heading that he would decide in accordance with justice – did not comply with the provision that the agreement should be governed by Dutch law. Therefore, the arbitrator did not fulfill the parties' order by giving an incorrect interpretation of the arbitration clause. Moreover, the Supreme Court argued that Dutch arbitration law – following the 1958 New York Convention – prohibited it testing whether the substantive contents of the award complied with Dutch law.

b. Arbitrability – the limits of the arbitration agreement

In accordance with other laws on arbitration, the Arbitration Law of The Netherlands contains a provision setting limits to the scope of the arbitration agreement, i.e., it determines what kind of disputes cannot be settled by arbitration – in other words a dispute must be arbitrable. The Dutch law stipulates as follows: «The arbitration agreement may not lead to the determination of legal consequences that are not open to the discretion of the parties.» Disputes regarding bankruptcy, company, and family law are amongst such issues that are not arbitrable. However, with regard to company law, the Supreme Court ruled that although decisions of bodies corporate are not arbitrable with a view to their *erga omnes* effect, such a restriction does not per se apply to disputes regarding all consequences of such decisions.

In *Silver Lining Finance SA (Luxemburg) v. Pestorp Waspik B.V.*, the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of The Netherlands)¹¹³ held, *inter alia*, that «[T]he view that the exclusive jurisdiction of a state court in respect of the judgment of the nullity or annulability of a decision of a body of a company shall always entail that the state court has also exclusive jurisdiction regarding all consequences of that decision and regarding actions in respect of the implementation of that decision, is incorrect. Grounds of 'litispence or connexity' do not cause to judge otherwise.

113 Decision of 26 November 2010 – ECLI:NL:HR:2010:BN8533.

The main facts are the following – under an agreement of 11 March 2005, Silver Lining Finance S.A. («SLF») sold all shares in Perstorp Waspik («PW») to Perstop AB (Sweden). Swedish law shall apply and disputes shall be settled by arbitration in Stockholm. Simultaneously, both parties concluded a Management Consultancy Agreement («MCA»), according to which SLF would continue to manage the Dutch company as a director. The MCA shall be governed by Dutch law. Disputes shall be settled by arbitration in Malmö (Sweden). Following a board decision of 2 November 2006, PW sent a letter to SLF on 3 November 2006, communicating that it decided to terminate the MCA with immediate effect. On 27 November 2006, this decision was confirmed by the General Meeting of Shareholders of PW. In the course of 2006, arbitration proceedings were initiated between Perstop AB and SLF in Stockholm. The arbitration court issued an award on 20 December 2007, which was challenged by SLF. Between PW and SLF, too, an arbitration was commenced in Malmö on the basis of the arbitration clause in the MCA. An arbitral award in this case was issued on 27 April 2009. SLF claimed annulment of the decisions of 2 and 27 November 2005, respectively, payment of the management fee, and damages. PW challenged the court's jurisdiction arguing that under the arbitration agreement, the Malmö arbitration tribunal had exclusive jurisdiction to hear the case. The first instance court decided that it had no jurisdiction in the dispute regarding the legitimacy of the decision regarding the termination of the MCA but it established that it had jurisdiction to hear SLF's claim with regard to the dismissal decisions of 2 and 27 November 2005. Furthermore, the court suspended its final decision on the merits in anticipation of both arbitral awards in Sweden. The Court of Appeal confirmed the court of first instance's decisions except the decision regarding the suspension. The Court of Appeal determined that the decision on the merits of the case should be suspended, until an award had been rendered by the Malmö arbitrators with regard to the question whether the termination of the MCA by PW was made in accordance with the MCA.

The Supreme Court confirmed the Court of Appeal's rejection of the SLF's view that the exclusive jurisdiction of the state court regarding the nullity or nullability of decisions of a corporate body shall always entail the exclusive jurisdiction of state courts in hearing disputes with regard to the consequences of such a decision or its implementation. Also, the Supreme Court declined SLF's argument that the rules of litispence, connexity, and the interest of preventing contradictory decisions should urge to assume the exclusive jurisdiction of the Dutch court in respect of disputes that are closely connected to the litigious decisions of 2 and 27 November 2006. In this regard, the claimant relied on Article 22, subsection 2, of the Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

However, the Supreme Court held that «there is no ground for accepting that, for reasons of litispence and connexity, the exclusive jurisdiction of the Netherlands (state) court also relates to the implementation of a decision of a body of a legal entity with a view to the close relationship between this decision and the actions taken for the implementation thereof. Because different points of disputes are concerned, which are governed by different rules of law and which – in principle – can be judged by different courts. If

necessary, one court can take into account the decision of the other court, which in the present case has occurred as the court of appeal has suspended the case in anticipation of the arbitral award in Malmö. As a result, an undesired splitting up of the dispute can be avoided. In addition, it should be noticed that the present splitting up is the consequence of the parties' choice to have a dispute concerning the legality of the termination of the MCA be settled by arbitrators.»

As a result, the exclusive jurisdiction of state courts with regard to disputes concerning decisions of corporate bodies does not extend to decisions with regard to the implementation of corporate body decisions. This shall not be different, if procedures are conducted before different courts or arbitration, as reasons of litispence and connexity do not require that decisions and subsequent implementation decisions of corporate bodies shall be heard by a state court only. A state court can always order the suspension of a decision in anticipation of a final decision of an (arbitration) court.

c. Arbitration clause in General Conditions

In a decision of the Supreme Court of 2002,¹¹⁴ the Court held that the court of first instance had no jurisdiction in a dispute between a building company and a contractor, as the General Conditions of the building company provided for the settlement of dispute by arbitration. The contractor argued that it had never seen or received the General Conditions. According to case law, it is up to the party that relies on general condition to prove that it effectively gave or made available its general conditions to its counterpart. *In casu*, however, the courts in first and second instance found that the building company failed to produce evidence to that effect. The issue submitted to the Supreme Court concerned the question whether the interim judgment of the district court might be challenged directly or only together with the final decision. The Court of Appeal held that the interim decision could be challenged together with the final judgment only. This was rejected by Supreme Court, which found that the interim decision might be challenged right away, i.e., without having to wait for the court to make its final decision.

A second – more interesting – case concerns the decision of the Supreme Court of 21 October 2011 in re members of a Jewish congregation.¹¹⁵ The claimant had addressed the Amsterdam court in summary proceedings to appoint three arbitrators in accordance with Article 1027 of the Code of Civil Procedure. This request was declined by the Amsterdam court, which held that it was *prima facie* clear that no valid arbitration agreement was in force between the parties. The parties were all members of the congregation of the Netherlands Israelite Main Synagogue in Amsterdam. Among the parties, a dispute had arisen about the sale of a house, for which leave for a non public sale under a mortgage had been granted by the Amsterdam district court. The claimant argued that the court had no jurisdiction as the so-called religion code of the Jewish congregation provided for a *beth din* resolution of disputes among its members, i.e., rabbinical arbitration. However, as the religion code was not a part of the regulation of the Netherlands Israelite Main Synagogue, nor referred to by it, the Court found that there

114 Decision of the Supreme Court of 22 February 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7361.

115 Decision of the Supreme Court of 21 October 2011 – ECLI:NL:HR:2011:BQ8777.

was no valid arbitration agreement. This was confirmed by the Court of Appeal and the Supreme Court.

IX. FINAL REMARKS

The Netherlands are an arbitration friendly country, which is reflected in a desire to update and modernize the arbitration law of The Netherlands with a view to retain the country's attraction for international arbitration. This arbitration friendliness appears also from a reluctance on the part of Dutch courts to annul arbitral awards. In that respect, Dutch courts tend to strictly apply the standards of the 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards when deciding claims for annulment of arbitral awards rendered by arbitration tribunals in the Netherlands.

СООТНОШЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ И ПРАВОПОРЯДКА, ПРИМЕНИМОГО К РАЗРЕШЕНИЮ СПОРОВ, ВОЗНИКАЮЩИХ В СФЕРЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Морозова Стелла (Украина),

*к.ю.н., начальник отдела обеспечения деятельности заместителя
Председателя Высшего специализированного суда Украины
по рассмотрению гражданских и уголовных дел*

Современная эпоха характеризуется ускорением развития международных коммерческих отношений и их разнообразием. Выход экономических отношений за рамки отдельных государств в результате интернационализации производства, экономического сотрудничества различных государств сопровождается изменением договорных отношений, в том числе и относительно соглашений по разрешению споров, возникающих между участниками отношений в сфере международной торговли. Международный коммерческий арбитраж как альтернативный метод разрешения споров приобретает всё большую популярность.

Арбитражная оговорка имеет важнейшее значение при заключении внешнеэкономического контракта. Уместным считаем тут упомянуть слова Алана Плантея, генерального секретаря Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты: «Именно с обсуждения арбитражной оговорки, как правило, начинается обсуждение контракта. Образно говоря, контракт – это начало битвы, в которой вы должны добиться для себя лучших условий и выгодной оговорки. В контракте должно быть оговорено место арбитража, его условия, язык, применимое право и т. д. Подчеркиваю, это все нужно оговорить во время заключения контракта и зафиксировать в арбитражной оговорке. Она крайне важна в случае возникновения судебного дела. Мне известно, что ряд крупных компаний в различных странах обанкротились из-за плохой подготовки контрактов».¹¹⁶

К этому можно добавить, что не только крупные компании могут обанкротиться из-за плохой подготовки арбитражного соглашения (арбитражной оговорки) в части выбора международного арбитража, применимого права и т.д., но и страны.

Учёные и практики не единожды отмечали, что третейские суды играют не последнюю роль в реализации печально известных рейдерских схем, приобретающих угрожающий размах в пределах государства.¹¹⁷ В качестве причин назывался неполноценный судебный контроль за деятельностью третейских судов, поскольку компетентный государственный суд только проверяет законность решения третейско-

116 Плантей А. Независимость и объективность – наши основные критерии // *Діловий вісник*. – 1996. – № 7(26) (цит. по: Побирченко И. Деятельность международного арбитража в Украине и его международные связи / Международный коммерческий арбитраж в Украине и мире: вчера, сегодня, завтра / Под общ. ред. И.Г. Побирченко, Н.Ф. Селивона. – К.: МКАС при ТППУ, 2012. – С. 15).

117 Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : Монографія / В.В. Комаров, В.І. Тертишников, В.В. Баранкова та ін.; За заг. ред. професора В.В.Комарова. – Х. : Харків юридичний, 2008. – С.9, 915.

го суда по формальным признакам, перечень оснований для отмены арбитражного решения и отказа в приведении его в исполнение является исчерпывающим. Это характеризуется ими как недостаток, связанный, главным образом, с ограниченным судебным контролем за законностью и обоснованностью решений третейских судов, преюдициальной силой решений третейских судов.

Соглашаясь со сказанным, все же заметим, что вопрос должен ставиться не столько о необходимости строгого контроля за деятельностью третейских судов, в том числе и арбитражей, сколько о необходимости соблюдения законодательства всеми юрисдикционными органами государства, его гражданами, другими участниками правоотношений, об общей и профессиональной культуре и образовании, моральном облике и ценностных ориентациях. В контексте приведенного показательной представляется история о попытке отчуждения объекта недвижимости ГП «Санаторий «Гурзуфский».

Так, между ОАО «Банк ВТБ» и ГП «Санаторий «Гурзуфский» был заключён договор купли-продажи объекта недвижимости (здания климатопавильона) и в арбитражной оговорке в качестве места арбитража был выбран Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ).

В последующем, а именно 13 октября 2006 года, МКАС при ТПП РФ по иску ОАО «Банк ВТБ» было принято решение, которое обязывало Государственное предприятие (ГП) «Санаторий «Гурзуфский» вернуть ОАО «Банк ВТБ» деньги, уплаченные по указанному договору купли-продажи в качестве оплаты за объект недвижимости, принадлежащий ГП «Санаторий «Гурзуфский».

Постановлением Ялтинского городского суда Автономной Республики Крым от 15 октября 2007 г. ходатайство ОАО «Банк ВТБ» было удовлетворено и предоставлено разрешение на исполнение на территории Украины решения МКАС при ТПП РФ по делу ОАО «Банк ВТБ» к ГП «Санаторий «Гурзуфский» о прекращении договора купли-продажи, дополнительного соглашения, о возвращении денежных средств и возмещении убытков.

Как видно из указанного постановления, ОАО «Банк ВТБ», ссылаясь на решение МКАС при ТПП РФ, требовал возврата денег, переданных им ГП «Санаторий «Гурзуфский» в оплату принадлежащего последнему объекта недвижимости по заключённому между указанными лицами договору купли-продажи.

Представитель ГП «Санаторий «Гурзуфский» в судебном заседании против удовлетворения ходатайства возражал, поясняя, что решение МКАС при ТПП РФ не предусматривает возврата объекта купли-продажи, в связи с чем объект государственной формы собственности останется в собственности иностранного юридического лица бесплатно. Кроме того, представитель в качестве довода указывал, что все объекты недвижимости, находящиеся на балансе ГП «Санаторий «Гурзуфский», отнесены к общегосударственной форме собственности, поэтому в случае удовлетворения данного ходатайства будут нарушены экономические интересы Украины.

Ялтинский городской суд Автономной Республики Крым ходатайство ОАО «Банк ВТБ» удовлетворил, ссылаясь на Соглашение о порядке разрешения споров,

связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 (без ссылки на статью Соглашения), и на статьи 390, 393 ГПК Украины¹¹⁸.

Сложно судить о законности заключения контракта между ОАО «Банк ВТБ» и ГП «Санаторий «Гурзуфский» о продаже принадлежащего государству объекта недвижимости, однако очевидно, что арбитражная оговорка была сделана без учёта законодательства Украины, международного соглашения стран СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992, а решение МКАС при ТПП РФ является незаконным и ходатайство о его признании и исполнении государственным судом удовлетворено неправомерно.

Поскольку и юридическая процедура, и юридический процесс направлены на разрешение юридических дел путем вынесения правомерных решений, все существенные отклонения от требований законодательства могут привести к незаконности, необоснованности, недоброкачественности принятых актов и тем самым нарушить существующий правопорядок.

Правоотношения по заключению арбитражного соглашения, его оспариванию, рассмотрению на его основании споров опираются на правовые нормы, закрепляющие определенный порядок возникновения и прекращения таких отношений. Именно для упорядочивания договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, а также с целью разрешения споров, из них вытекающих, принят ряд юридических норм международного и национального характера. А отступление от предписаний нормы права в правоотношениях является правонарушением.

Так, МКАС при ТПП РФ не решен вопрос о соответствии арбитражной оговорки применимому правопорядку, правилам качества арбитражной оговорки, соблюдение которых гарантирует надлежащую защиту нарушенных прав и интересов сторон международных коммерческих правоотношений, что отражается и на имидже международного коммерческого арбитража.

Решение международным арбитражем вопроса о собственной юрисдикции по рассмотрению переданного ему спора позволяет арбитрам быть первыми судьями при решении вопроса об их юрисдикции, если такая недобросовестность или некоторое злоупотребление уже случились при заключении контракта, или упредить недобросовестность сторон спора.

Государственным судом не исследован вопрос правомерности приведения в исполнение арбитражного решения. Хотя среди оснований, предусмотренных ст. 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», есть и такие, которые могли бы быть применены при решении дела. В частности, суд мог отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, признав, что объект спора не мог быть предметом арбитражного решения по законодательству Украины, или же признав, что признание и приведение в исполнение данного арби-

118 Ухвала Ялтинського міського суду Автономної Республіки Крим від 15 жовтня 2007 р. у справі № 2-к-3/2007 [Електронний ресурс] // Інформаційно-пошукова система НАУ. – № реєстрації 1255175.

тражного рішення протирочит публичному порядку України. А для цього були все необхідні основи.

Частью 1 ст. 390 ГПК Украины установлено, что решение международного арбитража признается и исполняется в Украине, если его признание и исполнение предусмотрено международным договором, согласие на обязательность которого дана Верховной Радой Украины, или по принципу взаимности.

Частью 3 ст. 4 Соглашения СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г.¹¹⁹ (далее – *Соглашение СНГ*), участниками которого являются Украина и Россия, установлено, что иски субъектов хозяйствования о праве собственности на недвижимое имущество рассматриваются исключительно судом государства – участника Содружества Независимых Государств, на территории которого находится имущество. Таким образом, в приведенной норме определены границы компетенции государственных и альтернативных юрисдикций, поскольку частные юрисдикции могут действовать только в тех сферах общественных отношений, где не затрагиваются публичные интересы (потребности).

Суд же, ссылаясь на ст. 390 ГПК Украины и на Соглашение СНГ, проигнорировал их положения.

Пунктом «в» ч. 1 ст. 9 указанного Соглашения СНГ предусмотрено, что в приведении в исполнение решения может быть отказано по просьбе Стороны, против которой оно направлено, только если эта Сторона представит компетентному суду по месту, где испрашивается приведение в исполнение, доказательства того, что спор в соответствии с настоящим Соглашением разрешен некомпетентным судом. Представитель ГП «Санаторий «Гурзуфский» такие доводы не приводил, а его возражения против приведения в исполнение арбитражного решения со ссылкой на то, что признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения протирочит публичному порядку Украины, суд во внимание не принял.

Между тем суд исследовал тоже важные, но второстепенные в данном случае вопросы – об изменении названия банка, о соблюдении срока исковой давности, «достоверно установлено, что ГП «Санаторий «Гурзуфский» является самостоятельным юридическим лицом и субъектом хозяйственной деятельности. Договор купли-продажи спорного объекта был им заключен самостоятельно и при рассмотрении дела в Международном коммерческом арбитражном суде принимал участие директор санатория, а не уполномоченный представитель государства Украина».¹²⁰ Очевидно, что это не те вопросы, которые следовало бы рассмотреть при решении дела о признании и исполнении решения иностранного суда, которое подлежит принудительному исполнению.

119 Про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності : Угода СНД від 20.03.1992 р., ратифікована Постановою Верховної Ради України від 19.12.1992 р. № 2889-ХІІ «Про ратифікацію Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності», набрала чинності для України 19.12.1992 р. // Офіційний вісник України. – 2005. – Ст. 587.

120 Ухвала Ялтинського міського суду АР Крим від 15 жовтня 2007 р. по справі № 2-к-3/2007 [Електронний ресурс] // Інформаційно-пошукова система НАУ. – № реєстрації 1255175.

В дальнейшем ГП «Санаторий «Гурзуфский» обжаловал договор купли-продажи принадлежащего ему объекта недвижимости в судах хозяйственной юрисдикции Украины.

Причем суд первой инстанции безосновательно отказал в признании договора недействительным – определением хозяйственного суда Автономной Республики Крым от 18.12.2007 г. производство по иску ГП «Санаторий «Гурзуфский» к ОАО «Банк ВТБ» о признании недействительным заключенного между ними договора купли-продажи объекта недвижимости прекращено на основании п. 1 ч. 1 ст. 80 ХПК Украины (спор не подлежит рассмотрению в хозяйственных судах Украины).

Указанное определение было отменено постановлением Севастопольского апелляционного хозяйственного суда от 24.03.2008 г. по апелляционной жалобе ГП «Санаторий «Гурзуфский», договор купли-продажи объекта недвижимости (сооружения климатопавильона) от 12.11.2004 г. был признан недействительным. В свою очередь, постановление Севастопольского апелляционного хозяйственного суда оставлено без изменений Высшим хозяйственным судом Украины (постановление от 03.07.2008 г.).¹²¹

Естественно, на фоне последних событий, произошедших на территории Украины, а именно – проведение референдума на Крымском полуострове, признание со стороны Российской Федерации Автономной Республики Крым суверенным и независимым государством с последующим переходом её территории в состав РФ¹²², приведённый пример вообще выглядит нелепым. Но всё-таки на этом примере мы видим, во-первых, на сколько (намеренно или случайно) арбитражное соглашение может не соответствовать правопорядку, выбранному для применения при разрешении споров. Об этом свидетельствует полное игнорирование сторонами внешнеэкономических контрактов того, что существует ряд правоотношений, споры по которым являются исключительной компетенцией государственных судов.

Во-вторых, можно констатировать слабую или полную неосведомленность участников правоотношений и рядовых служащих закона о международно-правовых обязательствах своей страны.

Следует также признать, что ни арбитражное соглашение, заключенное между ОАО «Банк ВТБ» и ГП «Санаторий «Гурзуфский», ни решение МКАС при ТПП РФ, ни решение суда Украины не могут быть признаны отвечающими существующему правопорядку.

121 Постановва Вищого господарського суду України від 03.07.2008 р. по справі № 2-8/16589-2007 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт ВРУ. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v6589600-08>.

122 О проведении общекрымского референдума : Постановление ВР АРК № 1702-6/14 от 6 марта 2014 г. – Сайт ВС АРК. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.crimea.ua/act/11689>; О признании Республики Крым : Указ Президента Российской Федерации от 17 марта 2014 г. № 147 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=160362>; Об образовании Крымского федерального округа : Указ Президента Российской Федерации от 21 марта 2014 года № 168 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=160616>.

LIMITATIONS OF STATE INTERFERENCE IN ARBITRATION

Брых Владимир (Польша),
Председатель Арбитражного суда при Промышленной палате
г. Новый Томысль, арбитр МКАС при ТПП Украины

This topic is currently very relevant. My considerations do not present an in-depth analysis of specific regulations of arbitration but rather touch upon its essence. In order to discuss the topic one has to go back to the roots and refer to the foundations underlying commercial arbitration. Historically speaking, arbitration emerged as a means of resolution of private disputes. Providing at this place its most concise definition, detached from any legal regulation, it can be stated that:

Arbitration occurs when the conflicting parties unanimously appoint a third person who has the task to resolve their dispute with a verdict.

Against the background of this definition a question arises: *to what extent is the state authorized to interfere, and should it interfere at all, in arbitration?* In the Polish legal order it is accepted, according to well-established views, shared among others of the Constitutional Tribunal and legal doctrine, that arbitration should be subject to supervision by state judiciary. This has been carried into effect by the Polish legislator introducing the institute of annulment of arbitral awards. Poland is no exception in this respect. Similar regulations are common in other jurisdictions.

The action for annulment of an arbitral award itself is being more and more widely used in Poland by parties not pleased with the verdict of an arbitral tribunal. Claims resulting therefrom are often dealt with by the courts in three instances. In some other countries, e.g. in Switzerland or Bulgaria, these proceedings are not that lengthy. A different approach can be traced e.g. in the Swiss legislation, where parties who are not Swiss-law entities are allowed to preclude contractually their right to file a claim for the annulment of an arbitral award. In this way they eliminate the possibility of state interference with the arbitral award. In my opinion arbitration proceedings should be improved by reducing the time necessary for dealing with claims for annulment of arbitral awards. It is often suggested in Poland that, in line with regulations adopted in other countries, such claims should be dealt by only one instance of state courts. Another problem is posed by state courts themselves, which often, in addition to the formal control of arbitral awards, repeatedly elaborate on their merits. In my opinion such activities of state courts are inadmissible and constitute a flagrant transgression of their competences.

Another example demonstrating an authoritarian transgression of the state into the realm of arbitration is the supervision of arbitral awards by state courts in the process of recognition of their enforceability. Here again, state courts are not competent to decide on the merits of cases which already have been resolved by courts of arbitration. The task of state courts in these instances is to decide upon the compliance of an arbitral award with binding legal provisions. The court denies the recognition of an arbitral award or of a settlement in arbitration if:

1) subsequent to statutory provisions the dispute cannot be subject to resolution by a court of arbitration.

2) the recognition of execution of an arbitral award or a settlement in arbitration would contradict the basic rules of the legal order of the Republic of Poland (public order clause).

As a rule state courts are not allowed to probe into the question of proper determination of facts by the arbitration court. In some situations however this cannot be avoided, which does not mean that the court should anew carry out evidentiary proceedings or revise the inference process of the arbitrators.

A question of fundamental importance is one about the shape of arbitration law and the meticulousness of its provisions. In Poland we have a separate chapter devoted to arbitration in the Code of Civil Procedure. In other countries arbitration is often regulated in separate acts of parliament.

Arbitration is better off without detailed regulation. Legal regulation can make arbitration dependant on decisions of other organs or altogether make it look like state administration of justice.

Some believe that arbitration constitutes a part of the administration of justice. Such assertions are in my opinion inconsistent with the nature of arbitration. The administration of justice encompasses the whole system of judiciary which belongs in the sphere of state activity (courts of common jurisdiction, coercive mechanism). Contrary to this, an arbitral award does not have to be underpinned by a specific legal norm. It can be based (according to Polish law) also on general principles of law or equity. This makes an arbitral award distinct from a state court ruling which always has to be supported by a specific legal norm.

In the context of this approach opinions can be encountered according to which the task of arbitration is to relieve state courts from the burden of their workload. Nothing could be more mistaken. We all know that it is not the case and it is unlikely to change in the future. It is enough to point out that the number of disputes resolved by arbitration cannot be even compared with the number of disputes resolved by state courts. *E.g.* in Poland the number of proceedings in state courts equals 7 million, while at the same time there are ca 1.500 cases in courts of arbitration. As we know, the specific character of cases resolved by these institutions is different, too.

Another problem relates to the influence of decisions of state courts on arbitration. Should these decisions be taken into account in resolving disputes by arbitrators?

It is often a pretentious habit in the resolution of disputes by arbitrators – attorneys to refer to court decisions in grounds for the award. Should this be the case? In my opinion it shouldn't. We are not – as I already pointed out – a component part of the administration of justice and we are not bound by standpoints determined in decisions of state courts.

How should arbitration be promoted? As a rule arbitration should be self-promoting. Constantly we are experiencing a vast unawareness of arbitration issues among entrepreneurs, representatives, attorneys and sometimes also arbitrators themselves.

The responsibility to promote arbitration lies with institutions maintaining arbitration courts, in the first place with chambers of commerce and industry. A prominent example of such activities conferences organized by the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry.

Can the state in any way be engaged in these activities?

Yes, the state can in a carefully thought-out way promote the ideas of arbitration and allocate means for its promotion. Examples are known among others from Singapore, where the purchase of premises of the Singapore arbitration has been financed by public authorities. Further examples include the involvement of Austrian authorities and the City of Vienna in the promotion of Austrian arbitration. In Poland these activities demonstrate themselves in the establishment of civil consultative committees on ADR at the Ministry of Justice and Ministry of Economics which perform opinion-forming and consultative functions in the area of arbitration. Additionally, a project dedicated to the promotion of mediation and arbitration is being currently carried out by the Ministry of Economy. An important issue is a sympathetic approach of local authorities of territorial self-government towards the promotion of arbitration. A good example in this field is the cooperation of local authorities in Nowy Tomyśl with my Arbitration Court at the Nowy Tomyśl Chamber of Commerce and Industry which led to the organization of arbitration conferences, which are the biggest in Poland.

The state also plays an important role in promoting arbitration through enacting appropriate legislation, *e.g.* tax regulations, which may influence the competitiveness of arbitration. In Poland the tax burden is considerable. The VAT also contributes to the tax burden hampering arbitration as it burdens arbitrators and arbitration fees. At the same time the revenue it creates for the State Treasury is insignificant. In other countries, *e.g.* in Singapore and Austria arbitration is free of VAT. This is a very recommendable solution as VAT-taxation deprives arbitration of one of its basic advantages, *e.i.* low costs of the proceedings. That is why it has been recommended by arbitration institutions in Poland already over a period of several years to abolish VAT for arbitration activities. This recommendation however has not met with the understanding of competent state authorities.

All in all, arbitration should not be confronted with state courts but is to be considered as its supplementation. The strengthening of arbitration should go hand in hand with reforms of state administration of justice, as the quality and stability of the legal system contributes to the popularity of arbitration. The limits of state intervention in arbitration are set not only by the supervision functions of state courts but also have to be present in other fields of legislation, sometimes only indirectly linked to arbitration.

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ (ОПЦИОННЫЕ) АРБИТРАЖНЫЕ ОГОВОРКИ

(тезисы доклада)

Черных Юлия (Украина),

*ст. преподаватель Национального университета «Киево-могилянская академия»,
мл. научный сотрудник Научно-исследовательского института
частного права и предпринимательства имени академика Ф.Г.Бурчака
Национальной академии правовых наук, арбитр МКАС при ТПП Украины*

Одним из основополагающих принципов, лежащих в основе международного коммерческого арбитража, является принцип автономии воли сторон. Он находит свое отражение в свободе выбора, которую арбитраж предоставляет сторонам в процессе. Эта свобода проявляется практически на всех этапах, начиная с формирования арбитражной оговорки, которая отражала бы все особенности отношений сторон и наилучшим образом соответствовала бы их интересам, и заканчивая согласованием элементов самой арбитражной процедуры.

Необходимо отметить, что при составлении арбитражной оговорки самым оптимальным является использование типовой оговорки арбитражного института, в который намерены обратиться стороны. Тем не менее, усложнение правоотношений сторон международных контрактов не может не отражаться на арбитражных оговорках, содержащихся в таких контрактах. Стремление сторон максимально учесть все особенности их правоотношений при составлении оговорки обусловило появление целого ряда особенностей, примерами которых являются альтернативные и опционные оговорки.

Альтернативными являются оговорки, содержащие в себе возможность выбора арбитражного института в зависимости от определенных критериев (одним из самых распространенных является критерий того, кто будет истцом в споре). Опционными являются оговорки, которые наделяют стороны правом выбора обращения в тот или иной арбитражный институт по своему усмотрению. Такая оговорка может быть симметричной или асимметричной в зависимости от того, наделяется ли таким правом выбора одна или обе стороны. Опционные оговорки могут предполагать выбор не только между различными арбитражными институтами, но и между арбитражным институтом и национальными судами.

Хотелось бы отметить две причины возникновения альтернативных либо опционных оговорок. Во-первых, часто причиной их появления становится неспособность сторон при заключении контракта договориться об обращении в один арбитражный институт. В таких случаях, формулирование арбитражной оговорки как альтернативной или опционной может восприниматься сторонами как компромисс, позволяющий учесть обе позиции. Тем не менее, зачастую после возникновения спора такое мнение оказывается ошибочным.

Во-вторых, такие оговорки часто формируются сторонами сознательно с целью обеспечения максимальной защиты прав одной из сторон (или обеих сторон),

исходя из параметров сделки. Например, разрешение споров, возникающих в контексте обеспечения обязательств, в государственных судах является значительно более эффективным, нежели в арбитраже. Поэтому при наличии в рамочном кредитном соглашении арбитражной оговорки, стороны нередко предусматривают возможность обращения в государственные суды в отношении соглашений обеспечительного характера.

Независимо от того, насколько сознательно стороны выбирают альтернативную или опционную оговорку, такой подход несет в себе определенные проблемы. Альтернативные оговорки, прежде всего, создают риск появления параллельных процессов в разных арбитражных институтах, и возникновения эффекта *resjudicata*.

Альтернативный или опционный характер также может привести к признанию оговорки недействительной или неисполнимой. В частности, не во всех юрисдикциях признается правомерность использования ассиметричных, или односторонних, опционных оговорок с возможностью выбора между арбитражем и государственными судами, предоставленной только одной стороне.

Суды ряда стран признают действительность таких оговорок, руководствуясь принципом свободы договора. В частности, и Высокий суд Англии, и Кассационный суд Италии признали допустимость подобных оговорок. В то же время, Верховный суд Германии отказался признать оговорку, дающую право выбора между арбитражем и государственным судом только одной стороне. Позиция Кассационного суда Франции является неоднозначной: в случае, когда опционная оговорка давала одной стороне право выбора между государственным и арбитражным судом Нидерландов, Кассационный суд Франции признал ее допустимой, но в более позднем решении ассиметричная опционная оговорка была признана недействительной. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в 2012 года принял решение, согласно которому *«соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону подобного права. В случае заключения такого соглашения оно является недействительным как нарушающее баланс прав сторон»*. [1]

Что касается практики украинских судов в отношении альтернативных и опционных оговорок, нужно отметить, что в целом она является положительной. Суды, как правило, признают такие оговорки действительными. В этом контексте интересным является решение Высшего Хозяйственного суда Украины, принятое в сентябре 2014 года в деле № 910/3425/13. В данном случае, в договоре поручительства имела место ассиметричная опционная оговорка, предоставлявшая право выбора юрисдикции только одной стороне договора – банку. Согласно договору, споры по нему были подсудны «Рижскому Международному третейскому суду», или, *«на выбор банка, в суде Латвийской республики по местонахождению банка или в суде другой страны по подсудности»*.

Правопреемник банка был ответчиком в деле. Высший Хозяйственный суд Украины признал, что, согласно оговорке, истец не имел права обращения в государственный суд Украины, так как правом выбора между арбитражем и государственными судами обладал только банк, и прекратил производство в части, касающейся договора поручки. Таким образом, несмотря на ассиметричный характер

оговорки и несбалансированность интересов сторон, Высший Хозяйственный суд не счел ее недействительной. [2]

Тем не менее, использование на практике альтернативных и опционных оговорок может привести к отрицательным последствиям даже в случае, если речь идет о дружественной арбитражу юрисдикции. Это можно проиллюстрировать на примере из практики. Речь идет об использовании альтернативной оговорки (выбор арбитражного института по месту нахождения ответчика) с элементами дефектности (так как название института было указано неверно). В договоре купли-продажи оборудования между украинским и шведским предприятием присутствовала следующая оговорка:

«18.1. Любые споры и/или требования, возникающие по настоящему Контракту, по возможности, должны быть разрешены путем переговоров по согласию сторон. Если стороны не могут достигнуть соглашения, все разногласия и/или требования, возникающие при выполнении данного Контракта, должны быть рассмотрены и разрешены в соответствующем международном суде страны ответчика».

Вследствие возникновения спора, украинская компания обратилась в Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма. В этом случае, некорректная формулировка арбитражной оговорки дала возможность ответчику оспаривать юрисдикцию в течение длительного периода. Во время рассмотрения вопроса о юрисдикции ответчиком были выдвинуты четыре версии аргументов касательно оговорки:

- оговорка недействительна (ответчик заявлял, что альтернативность оговорки привела к отсутствию выбора сторонами арбитража как такового);
- спор должен рассматриваться Арбитражным судом Международной торговой палатой с местом рассмотрения в Швеции;
- спор должен рассматриваться в арбитраже adhoss местом рассмотрения в Швеции;
- спор должен рассматриваться в государственном суде Швеции (так как в оговорке присутствует слово «суд»).

В итоге, ответчик был вынужден признать юрисдикцию Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, так как обстоятельства заключения оговорки, документы, которыми обменивались стороны, свидетельские показания и другие доказательства свидетельствовали о том, что таковым было намерение сторон. Тем не менее, некорректная формулировка арбитражной оговорки привела к потере времени (шести месяцев) и значительным затратам для истца.

Из сказанного выше, можно сделать вывод, что альтернативные и опционные оговорки становятся неотъемлемой частью арбитражной практики. Это происходит отчасти вследствие развития и усложнения правоотношений сторон и их стремления максимально защитить свои интересы, а отчасти – от недостаточного понимания последствий использования таких оговорок. Так или иначе, для практиков международного коммерческого арбитража важно понимать особенности и риски, связанные с альтернативными и опционными оговорками, а для теоретиков они могут послужить интересной темой для исследования.

Использованные материалы:

1. Ищук И., Самойлов М. Опционная оговорка в практике ВАС РФ:[Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kiaplaw.ru/press-centr/public/optsionnaya-ogovorka.html>
2. Постановление Высшего хозяйственного суда Украины от 16.09.2014 в деле № 910/3425/13 // Единый государственный реестр судебных решений Украины / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40578086>

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ МНОГОУРОВНЕВЫХ ОГОВОРОК О РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ. ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ ПЕРЕГОВОРОВ, МЕДИАЦИИ, АДЪЮДИКАЦИИ

*Пильков Константин (Украина),
адвокат, партнер ЮФ «Cai & Lenard»*

Арбитраж – это признанный в международной деловой практике механизм разрешения споров. Он имеет массу преимуществ перед национальными судебными процессами. Он настолько удобен, что ... среди юридических терминов найдется как минимум с полдюжины таких, которые обозначают способ всячески избежать обращения в арбитраж. Многоуровневые (*multi-tiered clauses*), эскалационные оговорки (*escalation clauses*), «свадебный торт» (*Wedding Cake clause*) – все это понятия, обозначающие приблизительно одно и то же, а именно, соглашение о последовательном использовании разных способов разрешения спора.

«Слои» в этом «свадебном торте» часто располагаются в порядке усложнения процедуры и возникновения необходимости вовлечения в процесс урегулирования третьего лица:

- переговоры;
- медиация либо заключение экспертов;
- арбитраж.

Возможна оговорка, предусматривающая несколько раундов переговоров на разных уровнях: менеджеров, старших менеджеров и, наконец, глав компаний. Эскалация, то есть поднятие на более высокий уровень попыток разрешить противоречие, указывает на принятое в практике название для такой оговорки – эскалационная.

В Украине суды в большинстве случаев имеют дело не со свадебными тортами (переговоры + медиация либо адъюдикация + арбитраж), а с двухслойными коврижками (переговоры + арбитраж). Речь идет о включении в раздел о порядке урегулирования споров положения о том, что любые разногласия стороны решают путем переговоров. Внесение этого положения в договор происходит почти автоматически, как и пунктов в разделе «Разное», которые вносятся на всякий случай, а также, чтобы договор был солиднее в объеме, а не на две страницы. С юридической точки зрения эта распространенная в украинских ВЭД контрактах формула – *«стороны решают любые споры, возникающие между ними, путем переговоров»* – лишена смысла, поскольку ни к чему стороны не обязывает. Кроме того, даже в отсутствие этого пункта сторонам ничего не мешает провести переговоры.

Поскольку положение о переговорах традиционно предшествует арбитражному соглашению или положениям о судебном порядке разрешения спора, то и считается оно доарбитражным или досудебным урегулированием. Однако с понятием «досудебное урегулирование» в сознании отечественного юриста часто ассоциируется тот досудебный порядок урегулирования споров, который предусмотрен Хозяйственным и Хозяйственным процессуальным кодексами Украины и сводится

к направлению претензии. Обязательным направлением претензии считалось в тех случаях, когда это прямо предусмотрено законом или договором. Такое узкое понимание досудебного урегулирования привело к простой, но безопасной технике – если в договоре что-то сказано о переговорах, перед подачей иска в суд или обращением в арбитраж нужно направить претензию и подождать. Если ответ не получен, переговоры не состоялись. Получен неудовлетворительный ответ – переговоры не привели к разрешению спора.

Вот на таких основах и стоит современное понимание судами досудебного урегулирования, а по аналогии с ним – доарбитражного урегулирования. По крайней мере такое мнение складывается после анализа судебных решений, в которых поднимался вопрос о соблюдении этого порядка. В течение последних двух лет судебная практика в вопросе об обязательности досудебного урегулирования изменилась радикально, изменилось направление, но не фундамент. Если в 2011-2012 годах имели место случаи отказа в предоставлении согласия на принудительное исполнение арбитражного решения в связи с нарушением доарбитражного порядка урегулирования, то с 2013 года таких случаев практически не наблюдается. Спустя десять лет после своего принятия «добралось» и до практики рассмотрения дел, связанных с арбитражем, Решение Конституционного Суда Украины от 9 июля 2002 № 15-рп/2002 по делу по конституционному обращению общества с ограниченной ответственностью «Торговый дом» Кампус Коттон клуб относительно официального толкования положения части второй статьи 124 Конституции Украины относительно распространения юрисдикции судов на все правоотношения, возникающие в государстве (дело о досудебном урегулировании споров). В этом решении суд указал, что право лица (гражданина Украины, иностранца, лица без гражданства, юридического лица) на обращение в суд за разрешением спора не может быть ограничено законом, другими нормативно-правовыми актами, а установление законом или договором досудебного урегулирования спора по волеизъявлению субъектов правоотношений не является ограничением юрисдикции судов и права на судебную защиту. Из этого в 2013 году Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел в знаменитом для формирования практики решении по делу «Волгабурмаш» пришел к выводу, что *«не проведение переговоров, которые оговорены сторонами в соответствии с положением контракта об обязательном проведении переговоров в случае возникновения противоречий, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением обязательств по контракту, не является препятствием для обращения в суд для защиты своего права»*. На этом основании суд пришел к выводу, что арбитражное решение должно быть допущено к исполнению, несмотря на то, в арбитраж сторона обратилась без проведения доарбитражных переговоров.

Несмотря на то, что такую практику можно считать проарбитражной, она совершенно выбивается из ряда, в котором стоят подходы в традиционных дружественных арбитражах юрисдикциях. И дело здесь не в разных правовых системах, а в глубине понимания самого явления альтернативного разрешения споров. В практике английских и американских судов, а также в практике Федерального суда Швейцарии, в которой мы можем видеть действительно глубокое отношение к этой

проблеме, подходы совсем иные. Они отличаются также и между собой, как нам кажется, по критерию, который положен в основу оценки соглашения об урегулировании спора:

1. Критерий определенности процедуры. Предусмотренное в договоре обязательство сторон добросовестно искать пути решения спора – это не обязательство, поскольку оно совершенно размыто. Применение этого критерия особенно четко прослеживается в английской практике. Признавая невозможность принудительного исполнения «договора договариваться» в деле *Channel Tunnel* (1993) и *Halifax Financial Services v Intuitive Systems* (1999), а позже указывая на четкость процедуры урегулирования как обязательное условие исполнимости соглашения (*Cable&Wireless v IBM* (2002), *Sulamerica* (2012), *Grant Thornton* (2012)) английский суд применял именно этот критерий как ключевой. Развитие медиации, активная работа центров оказания услуг по альтернативному разрешению споров, вероятно, способствовали распространению веры в процедуру.

2. Критерий связи с арбитражем. Особое значение этому критерию придают в практике судов США. Словесные формулы оговорки могут возлагать на стороны обязанность стремиться к достижению урегулирования споров на переговорах, и в этом случае, скорее всего, мы будем иметь дело с условием, неисполнение которого не является препятствием ни для обращения в арбитраж, ни для принятия арбитражного решения и, соответственно, для его принудительного исполнения. Однако оговорка может содержать и более обязывающие формулировки и в таком случае ее выполнение может рассматриваться в качестве процессуального требования или необходимого процессуального шага, без которого арбитраж не может принять решение. Тем не менее, даже здесь невыполнение условия о доарбитражном урегулировании не является препятствием для обращения в арбитраж, если допустимо будет в арбитраже сделать попытку урегулирования. Другими словами, если стороны договорились об «...окончательном разрешении спора в арбитраже в случае не достижения урегулирования ...» по результатам применения определенной процедуры, ее применение возможно и после обращения в арбитраж путем предоставления сторонам возможности прийти к согласию. Третью категорию составляют оговорки, в которых обращение в арбитраж не допускается до окончания доарбитражных процедур, прохождение которых является необходимым условием (*condition precedent*) для «запуска» (*triggering*) арбитражной процедуры. Такая оговорка понимается как отказ от обращения в арбитраж до выполнения определенных условий и описывается латинской формулой «*factum de non petendo*». Это явное препятствие не только для того, чтобы арбитры приняли решение по делу, но и для инициирования арбитража.

3. Критерий оценки эффективности. Два предыдущих критерия были в большей степени статичны в том смысле, что их применение основывалось на анализе соглашения. Однако если сторона требует отмены или отказа в допуске к принудительному исполнению арбитражного решения на том основании, что стороны не выполнили условия о доарбитражном урегулировании, суд может оценить, насколько обращение к таким средствам могло способствовать эффективному разрешению спора. Этот критерий выходит за пределы оценки самой процедуры как та-

ковой. То есть речь не идет только о том, чтобы определить, что, например, простое упоминание о поэтапных переговорах на трех уровнях управленческой вертикали каждой из сторон без указания хотя бы сроков для каждого этапа не эффективно. Вопрос в данном случае ставится о том, насколько выполнение согласованного порядка в конкретных условиях могло бы привести к разрешению спора. Так, Федеральный суд Швейцарии в решении, опубликованном 20 августа 2014 года (само решение было принято 7 июля 2014 года, дело № 4A_124/2014) рассмотрел вопрос обязательности доарбитражного рассмотрения советом по разрешению споров (*dispute adjudication board – DAB*) в соответствии с Условиями контрактов ФИДИК (*FIDIC*). Арбитры в этом споре признали свою компетенцию и не видели препятствий для рассмотрения дела. Они основывались на грамматических деталях оговорки о разрешении споров, а именно на том, что стороны договорились о доарбитражном урегулировании в категориях «*may*» («могут»), а не «*shall*» («должны»), сделав тем самым условие не обязательным. Федеральный суд арбитражное решение не отменил, но и с аргументом не согласился. По его мнению, обязательность соглашения сомнений не вызывала, а вот эффективность была под вопросом. Смысл формирования DAB в строительных проектах состоит в том, чтобы не создавать угрозу срыва проекта и урегулировать споры оперативно. А в ситуации, когда проект завершен, да к тому же с момента первой попытки сформировать совет прошло 15 месяцев при 84-дневном сроке на принятие советом решения, можно утверждать, что дальнейшая задержка в обращении в арбитраж не содействовала бы эффективному разрешению спора. Отметим, что суд здесь оценивает эффективность не как некая контрольная инстанция, а в аспекте сопоставления заложенного в соглашение намерения сторон достичь урегулирования без обращения в суд или арбитраж (а, соответственно, более эффективным путем, чем это возможно с помощью последних механизмов) и полученного результата.

Заметим, как далеко от применения какого-либо из перечисленных выше подходов отстоит украинская судебная практика, в основу которой в решении проблемы обязательности оговорки поставлено одно из представлений о том, ограничивается ли право на судебную защиту обязательностью внесудебного урегулирования или нет. Основываться на таком принципе не очень-то подходит для ответа на вопрос о том, могут ли стороны предусмотреть обязательные досудебные меры урегулирования. А для решения об обязательности доарбитражных мер этот принцип вообще не подходит ввиду самой природы арбитража как способа разрешения споров, о котором стороны договариваются так же, как и о применении других альтернатив. Так же далеко от описанных выше подходов отстоят и известные случаи, в которых, наоборот, договоренность о доарбитражном урегулировании признавалась обязательной. Формальное признание права сторон установить доарбитражный порядок урегулирования без анализа того, насколько его неисполнение действительно препятствовало разрешению спора в арбитраже, а соблюдение было возможным и эффективным, не способствует развитию ни арбитража, ни альтернативных способов разрешения споров.

Ситуация может измениться с законодательным оформлением медиации и дальнейшим развитием практики обращения к услугам центров оказания услуг по

альтернативному урегулированию споров. Когда вместо привычного положения о переговорах суды увидят в контрактах ссылки на регламенты согласительных процедур или медиации, «вера в процедуру» (первый из перечисленных выше критериев) и ясная аналогия со ссылками на арбитражные регламенты поспособствует признанию обязательности условий о доарбитражном урегулировании. Это процесс эволюционный и, на самом деле, не требующий законодательного урегулирования. Кстати, даже сейчас украинская судебная практика является заложником только собственных толкований закона. Пенять на то, что это Конституционный Суд Украины так растолковал Конституцию, нет нужды. В решении Конституционного Суда есть две важные идеи: *«Право на судебную защиту не лишает субъектов правоотношений возможности досудебного урегулирования споров. Это может быть предусмотрено гражданско-правовым договором, когда субъекты правоотношений добровольно выбирают средство защиты их прав»* и *«Установление законом или договором досудебного урегулирования спора по волеизъявлению субъектов правоотношений не является ограничением юрисдикции судов и права на судебную защиту»*. И пусть Конституционный Суд не обмолвился и словом об обязательстве сторон действовать в соответствии с согласованным ими порядком урегулирования споров (суд толковал Конституцию в аспекте права на судебную защиту, а не гражданско-правовой принцип обязательности договора), уже данного им толкования достаточно, чтобы выровнять судебную практику. А тем временем юристы, составляющие оговорки о разрешении споров уже учитывают в работе упомянутые выше подходы, анализируя четкость процедуры и тщательно подбирая формулировки, указывающие на обязательность такого урегулирования. Изданные Международной ассоциацией юристов Руководящие принципы по составлению международных арбитражных оговорок очень в этом помогают. Арбитражная практика, надеемся, также отойдет от требования представить для продолжения арбитражного рассмотрения доказательства выполнения условия о досудебном урегулировании вне зависимости от содержания оговорки. Конечно, арбитражные суды проявляют почти отеческую заботу, обращая внимание истца на необходимость соблюдения доарбитражного порядка урегулирования. Действительно, лучше изначально получить формальные доказательства попытки разрешить спор и снова обратиться в арбитраж, нежели потом столкнуться с риском отмены арбитражного решения или отказа в его допуске к принудительному исполнению. И все же это будет шаг вперед в направлении повышения эффективности разрешения споров в международной торговле, если арбитраж отойдет от практики отказов в принятии исков к рассмотрению на основании несоблюдения порядка доарбитражного урегулирования, если он (порядок), конечно, не был закреплен достаточно определенно, а условие о его выполнении не являлось необходимым условием для самого обращения в арбитраж.

ПАТОЛОГИИ АРБИТРАЖНЫХ СОГЛАШЕНИЙ И ВОЗМОЖНОСТЬ ИХ ИСПРАВЛЕНИЯ

*Кот Алексей (Украина),
управляющий партнер ЮФ «Антика», адвокат, к.ю.н.*

Арбитражное соглашение (арбитражная оговорка) является основой и исходной точкой всего арбитражного производства, поскольку арбитражный суд принимает к рассмотрению споры только и исключительно при наличии письменного соглашения (договоренности) между сторонами о передаче ему всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами в связи с какими-либо конкретными правоотношениями.

По существу, анализ арбитражной оговорки и сопоставление ее положений с тем исковым заявлением, которое было подано лицом в арбитражный суд, являются первыми действиями арбитража, дающими жизнь будущему арбитражному разбирательству. В частности, согласно ч. 2 ст. 2 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины 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.

Поэтому, правильно составленное сторонами арбитражное соглашение является залогом принятия международным коммерческим арбитражем спора к своему производству. Более того, для оказания посильной помощи сторонам будущего процесса арбитражные учреждения нередко сами предлагают варианты оформления арбитражных соглашений, которые рассматриваются ими в качестве достаточных для принятия дела к своему производству.

Вместе с тем, иногда при заключении арбитражного соглашения (арбитражной оговорки) стороны допускают неточности или иные ошибки, которые препятствуют однозначному выводу о наличии компетенции арбитражного суда на рассмотрение соответствующего дела. В таких случаях, как правило, говорят о патологических арбитражных соглашениях.

Считается, что термин «патологическое арбитражное соглашение» впервые применил в 1974 году Ф. Айземан, почетный Генеральный секретарь Международной торговой палаты. Патологичными арбитражными соглашениями, как правило, именуют соглашения или оговорки, которые содержат дефектные элементы и тем самым создают препятствия для арбитражного разбирательства.

По своей сущности такие соглашения не дают возможность четко определить волеизъявление сторон¹²³ или же прямо противоречат императивным правилам.

123 Мальський М. М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти : Монографія / М. М. Мальський. – Львів : Літопис, 2013. – С. 28.

Наиболее распространенными на практике следует признать:

(1) патологию в указании на арбитражное учреждение (указание неправильно названного арбитражного учреждения, несуществующего учреждения или учреждения, которое не предоставляет услуги по разрешению арбитражных споров, указание нескольких арбитражных учреждений и т.д.),

(2) патологию по субъектам обращения в арбитражное учреждение (как правило, речь идет о заключении арбитражного соглашения между лицами, которые не могут обращаться в арбитражные инстанции),

(3) патологию по предмету споров, которые могут передаваться на рассмотрение арбитражного учреждения.

Менее часто встречаются также иные патологии, например, установление арбитража в качестве факультативного порядка разрешения спора, устная форма арбитражного соглашения и т.д.

В контексте предмета исследования целесообразно проиллюстрировать правовые последствия заключения патологического арбитражного соглашения на примерах наиболее часто встречающихся типов дефектов.

1) Патология в указании на арбитражное учреждение.

В деле № 916/1897/13 фирма «Бауэр Машинен ГмБХ» обратилась в хозяйственный суд Одесской области с иском к ООО «Южно-украинская стивидорная компания», ООО «Трансмост», просила взыскать с ответчиков сумму долга и 3% годовых, а также признать неисполнимым пункт 12.2 контракта № 55/02 от 25.06.2002 года (в новой редакции) в отношении арбитражной оговорки. Решением хозяйственного суда Одесской области от 18.09.2013 года иск удовлетворен частично. Постановлением Одесского апелляционного хозяйственного суда от 19.11.2013 года решение хозяйственного суда Одесской области от 18.09.2013 года отменено, принято новое решение, которым в иске отказано. Однако оба суда согласились в том, что не может быть исполнена арбитражная оговорка, содержащаяся в п. 12.2 контракта № 55/02.

В постановлении от 28.05.2014 года Высший хозяйственный суд Украины согласился с указанным выводом хозяйственных судов о невозможности исполнения арбитражной оговорки по следующим мотивам. Согласно п. 5 разъяснения Президиума Высшего хозяйственного суда Украины от 31.05.2002 года № 04-5/608 «О некоторых вопросах практики рассмотрения дел с участием иностранных предприятий и организаций» хозяйственным судам следует учитывать, что стороны внешнеэкономического договора вправе предусмотреть в нем или путем заключения отдельного соглашения (арбитражная условие, арбитражная оговорка) передачу споров, возникающих из такого договора, на разрешение третейского суда (постоянно действующего или созданного для разрешения конкретного спора – ad hoc). Эта договоренность должна четко определять, какой именно орган разрешения споров избрали стороны: Международный коммерческий арбитражный суд, Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате Украины или другой третейский суд в Украине или за рубежом.

Хозяйственный суд может возбудить производство по делу в случае наличия во внешнеэкономическом договоре арбитражного соглашения, если определит, что

такое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть выполнено (пункт 3 статьи 2 Конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 1958).

Названная норма согласуется с требованиями статьи 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», в соответствии с п. 1 которой 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, прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, если не признает, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть выполнено. Так, арбитражное соглашение не может быть выполнено, если стороны неправильно изложили название третейского суда или указали арбитражное учреждение, которое не существует. Производство по делу в этих случаях прекращается на основании п. 1 ч. 1 ст. 80 ХПК Украины.

При этом хозяйственным судам следует учитывать, что обращение в арбитраж – это право, а не обязанность стороны (ст. 12 ХПК Украины), которое реализуется в установленном порядке (ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»), а подсудность суду дела с иностранным элементом определяется на момент открытия производства по делу, несмотря на то, что в ходе производства по делу основания для такой подсудности отпали или изменились, кроме случаев, предусмотренных в статье 76 Закона Украины «О международном частном праве».

Местным хозяйственным судом установлено, что согласно предоставленных суду доказательств, письма Министерства юстиции Украины международным арбитражем в Австрии является Международный арбитражный суд Федеральной палаты экономики Австрии (VIAC).

Учитывая изложенное, Высший хозяйственный суд Украины признал правомерными выводы судов первой и апелляционной инстанций о невозможности исполнения арбитражной оговорки, содержащейся в п. 12.2 контракта № 55/02, поскольку не существует такого органа, как Арбитражный суд при ТПП г. Вена.

В другом деле Донецкий апелляционный хозяйственный суд указал, что сторонами контракта было заключено соглашение, поэтому данный спор не является подведомственным хозяйственным судам. Данный вывод был обоснован тем, что стороны договорились о рассмотрении споров по контракту в компетентном судебном органе на конкретной территории иностранного государства и определили материальное право Швейцарии как подлежащее применению к спорным правоотношениям.

Положениями ст. 12 Контракта был определен такой порядок решения споров: любой спорный вопрос, возникающий из этого контракта, будет решаться компетентными судебными органами по юридическому адресу компании «BOBST SA» в Лозанне, кантоне Во в Швейцарии. Учитывая изложенное, Высший хозяйственный суд Украины пришел к выводу, что указанная статья контракта не содержит согласия сторон о передаче споров, возникающих из контракта, в арбитраж. Более того, указанная статья не определяет конкретный суд, который будет осуществлять рассмотрение споров, а отсылает к процессуальному законодательству по месту регистрации истца для определения компетентного суда. В то же время, ст. II Конвенции устанавливает, что передача спора в арбитраж требует однозначного волеизъявления

сторон относительно такой передачи с указанием органа, который будет осуществлять разрешение этих споров. При таких обстоятельствах ст. 12 Контракта не является согласием сторон о передаче споров, возникающих из Договора, именно в арбитраж (письмо Высшего хозяйственного суда Украины от 01.01.2009 г. «Об обобщении судебной практики разрешения хозяйственными судами отдельных категорий споров с участием нерезидентов»).

Хотя это и не влияет по существу на последствия патологии арбитражного соглашения для сторон (дело не может быть рассмотрено арбитражным учреждением), все же интересно отметить, что высшие судебные инстанции не пришли к унифицированной позиции в отношении правовой квалификации арбитражных соглашений с патологией по арбитражному учреждению.

Так, в одних делах подобные арбитражные соглашения считаются неисполнимыми. Такой подход был изложен в указанных выше постановлениях Высшего хозяйственного суда Украины, а также зафиксирован в п. 5 разъяснения Президиума Высшего хозяйственного суда Украины № 04-5/608 от 31.05.2002 г. «О некоторых вопросах практики рассмотрения дел с участием иностранных предприятий и организаций», постановлении Высшего хозяйственного суда Украины от 28.05.2014 года по делу № 916/1897/13, постановлении Высшего хозяйственного суда Украины от 30.04.2009 года по делу № 32/8-37/331.

С другой стороны, в постановлении от 29.03.2011 года по делу № 48/92 Высший хозяйственный суд Украины фактически согласился с выводами судов предыдущих инстанций о том, что стороны договора имели намерения определить арбитражный орган для разрешения споров по настоящему Договору, однако в нарушение Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже и Закона Украины «О международном частном праве» соответствующий орган сторонами четко не указан. Таким образом, существующая в Договоре арбитражная оговорка является ничтожной и не создает обязанностей по передаче спора для рассмотрения определенным юрисдикционным органом или арбитражным институтом.

В практике кассационных судов также встречается указание на то, что отсутствие надлежащей договоренности сторон относительно арбитражной институции означает, что арбитражная оговорка не влечет правовых последствий. Так, в постановлении от 13.09.2005 года по делу № 36/120 Высший хозяйственный суд Украины отметил, что в арбитражной оговорке к договору аренды стороны определили, что все споры, возникающие в связи или по настоящему договору, будут решаться арбитражным судом при Международной торговой палате. Однако арбитражного учреждения с таким названием не существует. Таким образом, приведенная арбитражная оговорка не создает юридических последствий, а потому не может приниматься во внимание. В свою очередь, прекращение производства по делу, допущенное судами предыдущих инстанций, является бесосновательным и препятствует реализации права на судебную защиту.

2) Патология по субъектам обращения в арбитражное учреждение.

В деле № 36/120 фирма «Запчасть» обратилась в хозяйственный суд Харьковской области с иском и просила взыскать с ответчика – акционерного общества

«Укрэнергоснаб» убытки. Ответчик по делу в отзыве на иск указывал, что спор по данному делу не подведомственный хозяйственному суду, а должен рассматриваться Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Украины. Дело рассматривалось судами неоднократно. При очередном рассмотрении дела в суде первой инстанции истцом дополнены иски требования, истец просил также признать недействительным договор № 7 от 31.03.2003 г., заключенный сторонами, в части арбитражной оговорки. Требования истца мотивированы несоответствием договора о передаче споров на решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате положениям ст. 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже». Решением хозяйственного суда Харьковской области от 28.03.2005 г., оставленным без изменений постановлением Харьковского апелляционного хозяйственного суда от 09.08.2005 г., иск был удовлетворен.

Соглашаясь с выводами судов первой и апелляционной инстанции о недействительности арбитражной оговорки, Высший хозяйственный суд Украины в постановлении от 22.11.2005 г. исходил из следующего. В силу п. 2 ст. 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

- споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей;
- споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Украины, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Украины.

Аналогичное положение содержит и п. 1.1 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, утвержденного решением президиума Торгово-промышленной палаты Украины от 25.08.1994 г.

Данный спор возник не при осуществлении международных экономических связей; ни одна из сторон данного спора не является предприятием с иностранными инвестициями, а также не относится к международным объединениям или организациям. Таким образом, суд кассационной инстанции поддержал вывод судов о том, что решение споров, возникающих в связи с исполнением обязательств по вышеуказанному договору, не входит в компетенцию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины.

Аналогичная правовая позиция была высказана Высшим хозяйственным судом Украины и в деле № 03/4450. ООО «Нова-Транс» обратилось в хозяйственный суд Черкасской области с иском к ООО «Эксим-Трейдинг» о признании части последнего абзаца договора № 151 от 17.06.2002 г. (Арбитражная оговорка) по рассмотрению спорных отношений в арбитражном суде при ТПП Украины в г. Киеве неисполнимой и взыскании стоимости транспортных услуг с учетом установленного индекса инфляции, 3% годовых и расходов на правовую помощь. Решением хозяйственного суда Черкасской области от 01.10.2002 г. иск был удовлетворен. Су-

дом признана неисполнимой часть последнего абзаца договора № 151 от 17.06.2002 г. (Арбитражная оговорка) по рассмотрению спорных отношений в арбитражном суде при ТПП Украины в г. Киеве с учетом того, что в Украине существует Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате, который вообще не рассматривает хозяйственные споры, возникающие между отечественными предприятиями.

Тем не менее, постановлением Киевского апелляционного хозяйственного суда от 26.08.2003 г. указанное решение хозяйственного суда было отменено, а производство по делу прекращено на основании п. 1 ст. 80 ХПК Украины. Постановление мотивировано, среди прочего, тем, что обращаясь в хозяйственный суд с иском, истец нарушил условия договора о порядке разрешения спора, который возник во время исполнения сторонами обязательств по настоящему договору, кроме того, истцом не представлено доказательств отказа Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины в принятии искового заявления.

Отменяя постановление Киевского апелляционного хозяйственного суда по данному делу, Высший хозяйственный суд Украины в постановлении от 20.01.2004 года указал следующее. Пунктом 2.6 договора № 151 стороны предусмотрели, что спорные отношения разрешаются через арбитражный суд при ТПП Украины в г. Киеве. Отменяя решение хозяйственного суда Черкасской области и прекращая производство по делу, Киевский апелляционный хозяйственный суд отметил, что обращаясь в хозяйственный суд с иском, истец нарушил условия договора о порядке разрешения спора, который возник во время исполнения сторонами обязательств по данному договору. Однако, с указанным выводом апелляционного хозяйственного суда согласиться нельзя, поскольку в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

- споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также
- споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Украины, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Украины.

Согласно ст. 8 указанного Закона суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, если не признает, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть выполнена.

Поскольку Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины вообще не рассматривает хозяйственные споры, возникающие между отечественными предприятиями, которыми являются стороны по данному делу, суд Черкасской области правомерно признал часть последнего абзаца договора № 151 от 17.06.2002 г. (Арбитражная оговорка) неисполнимой.

3) Патология по предмету споров.

В качестве примера можно привести определение Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел от 30.07.2014 года по делу № 6-20383св14.

В данном деле Компания «Фамед Инжиниринг ГмбХ энд Ко КГ» (VAMED Engineering GmbH & CO KG) обратилась в суд с ходатайством об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 04.04.2013 по делу АС № 195А/2012 по иску Государственного предприятия для снабжения медицинских учреждений «Укрмедпостач» Министерства здравоохранения Украины к Компании «VAMED Engineering GmbH & CO KG» (Австрия) о понуждении совершить действия и о взыскании средств. считал, что решение МКАС при ТПП Украины подлежит отмене на основании ст. 34 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», поскольку арбитражная оговорка, на основании которой рассмотрен спор и вынесено арбитражное решение, является недействительной; решение по делу противоречит публичному порядку Украины; состав третейского суда и арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон.

Определением Шевченковского районного суда г. Киева от 03.09.2013 года, оставленным без изменений определением апелляционного суда г. Киева от 18.03.2014 года, ходатайство заявителя было удовлетворено.

Оставляя в силе указанные определения, Высший специализированный суд Украины мотивировал соответствующее свое определение от 30.07.2014 г. следующим. 14.09.2009 г. между указанными сторонами заключен договор поставки медицинского оборудования, поставка осуществлена за средства, полученные в кредит под государственную гарантию Украины для удовлетворения государственных нужд. На момент заключения договора поставки в соответствии с ч. 2 ст. 12 ХПК Украины запрещалось передавать споры, возникающие из договоров, заключенных в связи с удовлетворением государственных нужд, на решение третейского (арбитражного) суда. Учитывая, что договор поставки в ст. 13 содержит арбитражное соглашение, в соответствии с которой все споры по настоящему договору подлежат разрешению МКАС при ТПП Украины, суд первой инстанции, с которым согласился и апелляционный суд, пришел к выводу о несоответствии арбитражного соглашения законодательству Украины, а, следовательно, об отсутствии компетенции арбитражного суда по рассмотрению данного спора, что в соответствии со ст. 34 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» является основанием для отмены арбитражного решения.

Доводы кассационных жалоб о том, что Европейская конвенция о внешнеэкономическом арбитраже от 21.04.1961 г., ратифицированная Украиной 18.03.1963 г., не устанавливает исключений относительно арбитрабельности споров, являются необоснованными, поскольку по смыслу ч. 2 ст. VI Европейской конвенции о внешнеэкономическом арбитраже при вынесении решения по вопросу наличия или действительности арбитражного соглашения, государственные суды договаривающихся государств, в которых поднят этот вопрос, должны руководствоваться или законом, которому стороны подчинили арбитражную оговорку, или, при отсутствии указа-

ний на этот счет – законом страны, в которой должно быть вынесено решение. Кроме того, указано, что суд (имеется в виду государственный суд), может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства. Итак, Европейская конвенция о внешнеэкономическом арбитраже оставляет право за каждой из договаривающихся стран своим национальным законодательством установить определенный иммунитет.

В соответствии с ч. 4 ст. 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» этот Закон не затрагивает действия любого другого закона Украины, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, чем те, что есть в этом законе. В свою очередь, в ч. 2 ст. 12 ХПК Украины (в редакции от 05.03.2009 года) установлен запрет на передачу определенной категории споров на разрешение третейского суда, в том числе споров, возникающих при заключении, изменении, расторжении и исполнении хозяйственных договоров, связанных с удовлетворением государственных нужд.

Приведенные выше примеры из судебной практики свидетельствуют о том, что патологические арбитражные соглашения являются препятствием для рассмотрения дела в арбитражной институции. Тем не менее, важно понимать, что само по себе наличие дефектов в арбитражном соглашении не следует признавать неустранимым препятствием для арбитражного разбирательства. Наоборот, исследователями указывается, что дефекты соглашения, как правило, устранимы и могут исправляться с помощью толкования арбитражным учреждением положений арбитражного соглашения.¹²⁴

Не подлежит сомнению тот факт, что арбитражное соглашение может содержать такие дефекты, которые не могут быть исправлены вообще или иначе, нежели путем заключения нового соглашения сторонами. К таковым, очевидно, следует отнести арбитражное соглашение между субъектами, которые не могут обращаться в арбитражное учреждение, или оговорки, ограничивающие круг споров, которые стороны могут передать на рассмотрение арбитража. Тем не менее, следует признать в большинстве случаев устранимыми дефекты оговорки, которые содержат неточности в названии арбитражного учреждения, если воля сторон в целом позволяет с уверенностью определить такую арбитражную институцию.

Именно такой подход отстаивает МКАС при ТПП Украины. Например, в одном из дел стороны договорились передать не разрешенные споры на рассмотрение Торгово-промышленной палаты Украины или в хозяйственный суд Украины. МКАС при ТПП Украины в решении от 28.10.2004 года признал себя компетентным на разрешение спора, несмотря на неточности арбитражной оговорки, поскольку именно МКАС является органом при ТПП Украины, который разрешает внешнеэкономические споры, и истец обратился с иском именно в это учреждение.¹²⁵

124 Притика Ю. Д. Міжнародний комерційний арбітраж : Питання теорії та практики : Монографія. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – С. 185.

125 Практика МКАС при ТПП України. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К. : Праксіс, 2006. – С. 15.

В то же время, признанная мировым сообществом практика устранения дефектов арбитражного соглашения путем его толкования не всегда воспринимается национальными судами Украины.

Так, например, в деле № 2610/12466/2012 заявитель ООО «Агрокомплекс» обратился в Шевченковский районный суд г. Киева с ходатайством об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 13.02.2012 г. по делу АС № 320п/2011, по которому с заявителя было взыскано 7097 долларов США в пользу ООО «Кременецкое молоко». Удовлетворяя заявление, Шевченковский районный суд г. Киева мотивировал свое определение от 29.11.2012 г. следующим.

Судом установлено, что между сторонами был заключен Контракт № 01agro/11 от 14.07.2011 года, согласно которому продавец продает, а покупатель покупает казеин кислотный. Как следует из содержания раздела 9 «Арбитраж» Контракта: «9.1. все споры, которые могут возникнуть из настоящего контракта или в связи с ним подлежат рассмотрению в Арбитражном суде Украины при торгово-промышленной палате г. Киев в соответствии с законодательством и с использованием материального права Украины, решение которого является окончательным и обязательным для обеих сторон». Вместе с тем, достоверно установлено, что Международного Коммерческого суда при Торгово-промышленной палате г. Киев, не существует, таким образом, в п. 9.1 Контракта стороны указали арбитражное учреждение, которого не существует. Кроме того, сторонами в арбитражном соглашении не было определено передачу споров по толкованию условий контракта.

В п. 9.1 Контракта стороны определились, как уже было отмечено выше, что материальным правом, регулирующим данный Контракт, является материальное право Украины.

Вывод в спорном решении МКАС о том, что стороны под Арбитражным судом Украины при торгово-промышленной палате г. Киева имели в виду Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП Украины, не соответствует материальному праву Украины, а именно ст.ст. 213, 637 ГК Украины, и обстоятельствам дела. В соответствии со ст. 637 ГК Украины толкование условий договора осуществляется в соответствии со ст. 213 настоящего Кодекса. При толковании условий договора могут учитываться также типовые условия (типовые договоры), даже если в договоре нет ссылки на эти условия. В соответствии с ч. 2-4 ст. 213 ГК Украины по требованию одной или обеих сторон суд может постановить решение о толковании содержания сделки. При толковании содержания сделки учитываются одинаковое для всего содержания сделки значение слов и понятий, а также общепринятое в соответствующей сфере отношений значение терминов. Если буквальное значение слов и понятий, а также общепринятое в соответствующей сфере отношений значение терминов не дает возможности выяснить содержание отдельных частей сделки, их содержание устанавливается сравнением соответствующей части сделки с содержанием других его частей, всем его содержанием, намерениями сторон. Если по правилам, установленным частью третьей настоящей статьи, нет возможности определить настоящую волю лица, совершившего сделку, во внимание берутся цель сделки, содержание предыдущих переговоров, устоявшаяся практика отношений

между сторонами, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон, текст типового договора и другие обстоятельства, имеющие существенное значение.

Как следует из содержания спорного решения МКАС при ТПП Украины, оно содержит постановление по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, поскольку сторонами в заключенном контракте не было определено условий и порядка разрешения споров в судебном порядке в отношении толкования условий контракта, и ни одна сторона не обращалась в суд с указанными требованиями, однако коллегия арбитров по собственной инициативе осуществила толкование Раздела 9 контракта: «Арбитраж».

С учетом изложенного суд считает, что существуют основания, предусмотренные 2 ст. 34 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», а именно в арбитражном соглашении указано арбитражное учреждение, которое не существует, стороны не определили условия и порядок разрешения споров в судебном порядке относительно толкования контракта, арбитражное решение содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения.

Аналогичная правовая позиция была изложена в определении Шевченковского районного суда г. Киева от 15.01.2013 года.

Изложенный подход районного суда представляется спорным. По нашему мнению, препятствия, которые создаются для устранения арбитражным судом патологий арбитражного соглашения, в большинстве случаев являются искусственными и не отвечающими мировой практике.

При оценке вопросов, связанных с патологиями арбитражных соглашений, необходимо, прежде всего, уважительно относиться к первоначальной воле сторон, выраженной при заключении контракта. Ведь если стороны при заключении контракта приняли совместное решение об устранении юрисдикции государственных судов и передаче спора на рассмотрение арбитража, необходимо в дальнейшем всячески поддерживать такую совместную волю, а не искать формальные основания для пренебрежения этой волей в угоду тем или иным интересам сторон на момент рассмотрения дела.

По существу, речь идет о следовании системным принципам свободы договора и *pacta sunt servanda*. Соответственно, если положения оговорки или соглашения дают возможность путем толкования устранить содержащийся в них дефект, обязанностью и арбитражного учреждения, и государственного суда следует считать исцеление такой порочной оговорки (соглашения), в том числе путем толкования.

АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ

(проект выступления)

*Войтович Сергей (Украина),
Заслуженный юрист Украины, доктор права,
партнер ЮПФ «Грищенко и Партнеры»*

1. СПЕЦИФИЧЕСКОЕ СОГЛАШЕНИЕ, ОБРАЗУЕМОЕ ДВУМЯ СОГЛАСИЯМИ НА АРБИТРАЖ

В инвестиционном арбитраже (между инвестором и принимающим государством) часто говорят не об «арбитражном соглашении», а о согласии на арбитраж (consent for arbitration). Наверное, это потому, что наряду с традиционным арбитражным соглашением в инвестиционном контракте (которое концептуально не отличается от арбитражного соглашения в коммерческом арбитраже), широко распространена другая форма – специфическое арбитражное соглашение, образуемое двумя согласиями – государства и инвестора, которые содержатся в разных документах.

С одной стороны, – открытым согласием (офертой) принимающего государства в международном договоре о защите инвестиций (двустороннем или многостороннем, как например, ДЭХ) или в национальном законе; и индивидуальным согласием (акцептом) инвестора на арбитраж, с другой стороны.

Согласие (акцепт) инвестора на арбитраж чаще всего дается в заявлении (ходатайстве) инвестора об арбитраже (request for arbitration, notice of arbitration). Иногда к заявлению об арбитраже прилагают специальный документ о согласии (letter of consent). Но как выяснилось из решений трибуналов, специальный документ о согласии не обязателен, достаточно просто ходатайства об арбитраже, направляемого арбитражному институту, выбранному согласно договору о защите инвестиций.

Основное требование к способу выражения: согласие и государства, и инвестора должно быть явно выраженным, а не подразумеваемым.

Хочу подчеркнуть, что «открытое» согласие государств на арбитраж отличается от традиционного арбитражного соглашения не только по форме. Здесь концептуальное различие. «Открытое» согласие – одна из наиболее примечательных особенностей современного инвестиционного арбитража – ведь оно адресовано неопределенному и неограниченному числу инвесторов другой стороны такого договора. Ян Паулссон назвал это «arbitration without privity» – «арбитраж без ведома (без (прямого) контракта)». ¹²⁶ Именно открытое согласие породило бум инвестиционного арбитража последних десятилетий.

Открытым согласием государства добровольно поставили себя в неравное положение с инвесторами, поскольку без согласия инвестора рассмотрение спора невозможно – получается, что государство само не может начать арбитражное

126 См. Jan Paulsson, Arbitration without Privity, ICSID Review – FILJ, Vol. 10, No. 2, Fall 1995, pp. 232-257.

производство, а реагирует только в ответ на иск инвестора. В последние годы ряд государств, особенно получивших решения на многомиллионные и миллиардные суммы, задумывается над тем, а нужен ли был такой односторонний альтруизм? Но пока система инвестиционного арбитража по-прежнему базируется преимущественно на открытом согласии государств. [[Некоторые южноамериканские государства (Боливия, Эквадор, Венесуэла) вышли из Конвенции ИКСИД. В Европейской комиссии слышны заявления о том, что они не хотят, чтобы юрисдикция европейских судов ограничивалась особым режимом инвестиционных споров (т.е. арбитраж на основе ДИД не должен быть индикатором «недостатка доверия» в судах государств-членов ЕС). В Австралии в связи с иском Phillip Morris правительство заявило об изменении политики в отношении инвестиционных споров).]]

Безотзывность согласия. Согласие на арбитраж **безотзывно**. Это означает, что ни государство, ни инвестор не вправе односторонне отозвать или изменить согласие. Безотзывность согласия обеспечивает автономность арбитражного соглашения.

Даже **прекращение ДИД (или национального закона), содержащего оферту после получения согласия инвестора** (например, уже во время арбитражного производства) **не будет влиять на арбитражное соглашение**. В деле *CSOB v. Slovakia* принимающее государство объявило о прекращении действия ДИД, но уже после согласия инвестора на арбитраж. И трибунал рассмотрел спор на основе уже заключенного арбитражного соглашения, на которое не влияет последующее прекращение договора.

В Конвенции ИКСИД предусмотрен ряд положений, **замораживающих** права и обязанности сторон спора с даты их согласия. Например, денонсация Конвенции не влияет на согласие, данное до даты денонсации (статья 72 Конвенции). К спору применяются Арбитражные правила ИКСИД в редакции на дату согласия сторон (статья 44 Конвенции).

Если само открытое согласие государства рассчитано на будущие потенциальные споры, то арбитражное соглашение на основе открытого согласия заключается по инициативе инвестора уже после того как возник инвестиционный спор. [[В соответствии с пунктом 24 Доклада Исполнительных Директоров к Конвенции ИКСИД «[согласие сторон должно существовать в момент обращения в ИКСИД»] (consent must exist when the Centre is seized).]]

2. СФЕРА ДЕЙСТВИЯ СОГЛАСИЯ СТОРОН (SCOPE OF CONSENT)

В условиях, когда нет прямого контракта между государством и инвестором, рамки спора определяются сферой действия согласия на арбитраж. Сфера действия согласия на арбитраж имеет предметный, пространственный и временной аспекты.

Открытое согласие государства имеет, как правило, общий характер – все споры относительно инвестиций. А согласие истца-инвестора может иметь специально-уточняющий характер: например, спор относительно конкретного события или группы событий в определенный период времени.

Обе стороны могут ограничивать свое согласие во время его выдачи, но не после этого. Например, государство может вводить ограничительные условия в ДИД – на

пример, споры только относительно экспроприации. А инвестор может ограничивать согласие, например, в отношении конкретной инвестиционной операции. Главное – совпадающая часть оферты государства (которая может быть шире) и акцепта инвестора (который будет скорее уже).

Сфера действия согласия (scope of consent) на арбитраж прямо упоминается в статье 46 Конвенции ИКСИД и правиле 40(1) Арбитражных Правил ИКСИД. Смысл в том, что стороны вправе подавать дополнительные и встречные иски только в рамках сферы действия согласия сторон на арбитраж (within the scope of consent of the parties – или иными словами в рамках сферы арбитражного соглашения).

Сфера действия согласия (scope of consent), как мне представляется, имеет значение не только в ИКСИД, где этот термин отражен в Правилах. И в других институтах, исходя из самой согласительной природы арбитража, любые дополнительные требования должны быть заявлены «в рамках согласия сторон» («within the scope of the consent»). В противном случае, такие дополнительные требования будут за пределами юрисдикции.

Согласие имеет безотзывный характер, поэтому, на мой взгляд, стороны не вправе односторонне изменять и сферу действия согласия уже в процессе арбитражного производства (иными словами, истцу надо хорошо подумать в самом начале – потом менять согласие уже нельзя). Этот вопрос мало исследован трибуналами. Но он может возникнуть, например, **в случае ошибки истца в слишком узком формулировании согласия**. Или в другом случае, когда истец сознательно сузил сферу действия согласия, а его пытаются склонить к обсуждению вопросов за рамками согласия и спора.

Государство-ответчик затрагивало этот аспект в деле Tokios Tokelés v Ukraine, где истец допустил ошибку, излишне детализировав первоначальное узкое согласие и создав себе проблему в его последующем расширении. Хотя истец имел полную возможность сформулировать свое первоначальное согласие так, чтобы охватить будущее развитие спора.¹²⁷ По мнению ответчика, после того, как истец уже обратился в ИКСИД, он был не вправе расширять сферу первоначального согласия (поскольку это фактически означало отзыв прежнего согласия). [[Окончателность согласия со ссылкой на статью VI(4) украинско-американского ДИД отмечена трибуналом в деле Generation Ukraine: «У государства-стороны нет возможности впоследствии изменить или уточнить свое одностороннее согласие ни в целом, ни по отношению к конкретной подаче в арбитраж» (Решение в деле Generation Ukraine, п. 12.5).]]

В Письменном Согласии истец дал согласие только в отношении заявленных действий со стороны государственных органов Украины, совершенных в 2002 году против предприятия «Такі справи». Позиция ответчика состояла в том, что в данном случае не было согласия истца и, соответственно, юрисдикции ИКСИД в отношении любых действий, которые имели место после 2002 года, и которые были на-

127 Это было отмечено трибуналом: «если Истец имел намерение представить перед Трибуналом все эпизоды, которые могли возникнуть в дальнейшем, то не было бы ничего проще сказать это, используя такие хорошо известные выражения, как «... и так далее»» (Решение в деле Tokios Tokelés, п. 105).

правлены против кого-либо иного, кроме предприятия «Такі справи», в частности против другого предприятия истца. Ответчик также считал, что за рамки сферы действия согласия истца выходило уголовное преследование генерального директора предприятия «Такі справи».

Трибунал отметил, что «хотя с теоретической точки зрения этот аргумент мог бы быть интересен, в данном случае он имеет малую практическую значимость». По оценке трибунала, в пропорциональном отношении события в споре, имевшие место после 31 декабря 2002 года, были слишком незначительны, чтобы иметь сколь-нибудь существенное влияние на исход спора¹²⁸. Кроме того, трибунал посчитал, что обе стороны по-своему рассматривали «*последовательные события [дела] как единое целое*» («the consecutive events as a unity»).¹²⁹ Наверное, трибунал был бы не прав, если бы прервал **длящийся спор**.¹³⁰

Другим примером может быть ситуация, когда государство-ответчик применяет отвлекающую тактику и адресует истцу вопросы из-за **временных и предметных границ** сферы согласия. Например, в согласии на арбитраж и иске сказано, что предметом спора является один эпизод из действия долгосрочного контракта, в котором много других эпизодов. А ответчик ставит перед истцом рассмотрение других эпизодов, выходящих за рамки сферы согласия, определенной самим же истцом.

Иногда арбитры на слушании задают вопросы, выходящие **за временные и предметные границы сферы согласия**, заявленного истцом в ходатайстве об арбитраже. Понятно, что арбитрам трудно сказать – не задавайте таких вопросов. Арбитры вправе попытаться расширить границы фактов, которые их интересуют. Но и советник должен понимать, что временные и предметные границы согласия очерчены в согласии-акцепте истца и этим следует пользоваться.

3. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И ВСТРЕЧНЫЙ ИСК

Общее правило: **встречный иск должен быть в рамках сферы арбитражного соглашения**. В деле *AMTO v. Ukraine* трибунал правильно отметил, что его юрисдикция над встречным иском государства-ответчика в инвестиционном споре «зависит от положений договора об урегулировании споров, характера встречного иска, и взаимоотношения встречного иска и [первичного] иска в данном арбитраже».

Один из редких случаев, когда трибунал в инвестиционном арбитраже признал юрисдикцию над встречным иском – решение по делу *Inmaris v. Ukraine*, основные положения которого опубликованы самим ИКСИД. Хотя в решении (п. 432) трибунал исследует только согласие государства-ответчика в украинско-немецком ДИД.

Следует внимательно анализировать формулировки инструмента, содержащего согласие истца на арбитраж (например, ходатайство об арбитраже). Если истец использует широкую формулировку «принимает предложение государства в отно-

128 Решение в деле Tokios Tokelès, п. 105.

129 Решение в деле Tokios Tokelès, п. 107.

130 В целом, трибунал пришел к выводу: «поскольку причина спора имела место в 2002 году, и свое продолжение в том году, когда было представлено согласие [Consent] и осуществлено ходатайство [Request], Второй Трибунал считает разумным понимать ссылку на 2002 год как средство идентификации длящегося спора, а не как средство прекращения [cutting short] спора в конце года» (Решение в деле Tokios Tokelès, п. 108).

шении арбитража», то препятствия для встречного иска нет. [[В литературе отмечалось, что такого рода формулировки согласия инвестора не могут толковаться «слишком узко», а «ДИД не является меню (*à la carte*) положений, из которых инвестор может выбирать»¹³¹, что подлежит арбитражному рассмотрению, а что нет.]]

4. УСЛОВИЯ СОГЛАСИЯ НА АРБИТРАЖ

Соблюдение истцом периода ожидания. Инвестор обязан воздерживаться от подачи преждевременного иска, не соблюдая период ожидания, который устанавливается в договорах о защите инвестиций для до-арбитражного урегулирования (обычно от 3 до 12 месяцев, наиболее часто – 6 месяцев). На наш взгляд, несоблюдение периода ожидания является нарушением существенного договорного условия согласия на арбитраж. Арбитры не вправе игнорировать это договорное условие, каким бы избыточным или неудобным оно им не казалось (например, ряд трибуналов посчитали, что переговоры были невозможны, а период ожидания истек бы до вынесения решения по юрисдикции – **но это правило определено государствами и не трибуналу его считать ненужным**). В деле *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine* – в одном из немногих инвестиционных дел – инвестору из США отказали в допустимости иска на основании несоблюдения простого правила о периоде ожидания (хотя производство лишь приостановили, дав инвестору возможность исправить ошибку).

Исчерпание национальных средств защиты в качестве условия согласия на арбитраж согласно статье 26 Конвенции ИКСИД. Согласно статье 26 Конвенции: *«Договаривающееся государство может требовать исчерпания национальных административных или судебных средств защиты в качестве условия своего согласия на арбитраж по настоящей Конвенции»*. Подчеркнем, что такое условие государство может сформулировать только в инструменте согласия, т.е. в двустороннем или многостороннем договоре о защите инвестиций. Несомненно, такое условие нельзя выдвинуть позднее в период уже начавшегося спора (даже если Конвенция ИКСИД ратифицируется после того, как согласие выражено в ДИД – такой вариант рассматривался в деле *Generation Ukraine v. Ukraine*). В практике инвестиционного арбитража (в отличие от международных судов) исчерпание национальных средств защиты не получило широкого распространения.

[в порядке обдумывания] **Влияет ли на арбитражное соглашение де факто контроль над территорией другого государства?** На конференции КАД 2014 обсуждался интересный вопрос – может ли де факто контроль над территорией в результате противоправной аннексии создавать territorial nexus для цели защиты инвестиций? Можно поставить подобный вопрос в отношении согласия на арбитраж: согласие РФ дается на всю ее территорию и ей будет трудно заявлять обратное в гипотетических возражениях относительно Крыма (другое дело примет ли это трибунал, понимая, что аннексия противоправна). **Естественно практический интерес представляют инвестиции, сделанные до аннексии.** И это затрудняет обоснование в пользу пострадавшего инвестора.

131 Pierre Lalive, Laura Halonen. On the Availability of Counterclaims in Investment Arbitration. – Czech Yearbook of International law 2011, para. 7.30, p. 150.

РЕЗОЛЮЦИЯ

II МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖНЫХ ЧТЕНИЙ ПАМЯТИ АКАДЕМИКА ПОБИРЧЕНКО И.Г. ПО ТЕМЕ «АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ: БАЗОВЫЕ ПРИНЦИПЫ И СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ»

Организаторы:

Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Украины

г. Киев 13 ноября 2014 года

Участники II Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. исходят из того, что международный арбитраж является эффективным альтернативным способом разрешения внешнеэкономических споров, важным элементом гражданского общества и критерием уровня развития правовой культуры в стране. Правовым основанием каждого арбитражного разбирательства является арбитражное соглашение, без которого невозможно рассмотрение спора в международном коммерческом арбитраже и вынесение решения, которое может быть признано и приведено в исполнение.

Понимая необходимость усовершенствования национального законодательства и международно-правовых норм, судебной практики и практики арбитражного разбирательства, имея целью становление систем национальных арбитражей на уровне признанных мировых стандартов, участники II Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. в связи с этим отмечают следующее.

1. Проведение ежегодных Международных арбитражных чтений памяти академика Побирченко И.Г. является не только важным научным событием, но одновременно служит эффективной площадкой для обсуждения наиболее актуальных и острых вопросов международного коммерческого арбитража.

2. Активное обсуждение базовых принципов и современных тенденций института арбитражного соглашения свидетельствует о том, что этот институт требует постоянного внимания исследователей и дальнейшего совершенствования.

3. Заключение сторонами арбитражного соглашения и передача на его основании спора на рассмотрение арбитража является проявлением свободы договора, свободного волеизъявления сторон и никоей мерой не затрагивает неотъемлемого права на судебную защиту.

Право на судебную защиту при арбитражном разбирательстве сохраняется и реализуется посредством контроля за арбитражным решением, осуществляемым государственным судом при обращении заинтересованной стороны в суд с заявлением об оспаривании арбитражного решения или заявлением о его принудительном исполнении.

4. Заключенное сторонами арбитражное соглашение обязательно для сторон. Гарантом обеспечения обязательности арбитражного соглашения являются государственные суды, которые на основании статьи II Конвенции ООН о признании

и исполнении иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.) и статьи VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961), участницей которых является Украина, а также ст. 8 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» обязаны при поступлении иска по вопросу, в отношении которого существует арбитражное соглашение, и соблюдении определенных условий, закрепленных в указанных документах, направить стороны в арбитраж.

5. Реализация заложенного в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже и ст. 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» принципа «компетенции-компетенции» позволяет арбитражному суду самостоятельно принимать постановление о своей компетенции на рассмотрение спора, в том числе в отношении каких-либо возражений по поводу наличия или действительности арбитражного соглашения. При разрешении этого вопроса арбитражный суд при необходимости анализирует и дает оценку положениям арбитражного соглашения, то есть самостоятельно осуществляет его толкование независимо от просьб одной из сторон либо стороны. Соответственно толкование арбитражным судом положений арбитражного соглашения при разрешении вопроса о своей компетенции не противоречит части второй ст. 213 и ст. 637 Гражданского кодекса Украины, предусматривающих толкование условий договора судом только по требованию стороны. В связи с этим, подлежит корректировке судебная практика по отмене арбитражных решений на том основании, что состав арбитражного суда при решении вопроса о компетенции арбитража на рассмотрение спора самостоятельно «толковал положения арбитражной оговорки», как не соответствующая положениям Конвенции и Закону о международном коммерческом арбитраже.

6. Рекомендовать субъектам предпринимательской деятельности при заключении внешнеэкономических контрактов уделять особое внимание определению способа разрешения спора, который может возникнуть при исполнении контракта, четко формулировать арбитражные соглашения (оговорки), в частности, при составлении арбитражной оговорки пользоваться типовыми арбитражными оговорками, рекомендуемыми арбитражными институтами, в частности МКАС и МАК при ТПП Украины.

7. Учитывая положения статьи IV Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, правовую природу международного коммерческого арбитража, а также то обстоятельство, что в рекомендуемых арбитражных оговорках большинства ведущих арбитражных институтов мира для передачи спора в постоянный арбитражный орган считается достаточным указание на применение регламента этого органа, признать необходимым обратиться к Верховному Суду Украины и Высшему хозяйственному суду Украины с просьбой о пересмотре своих соответствующих постановлений по этому вопросу.

8. Признавая, что действующая в Украине нормативно-правовая база регламентации деятельности международного коммерческого арбитража в основном соответствует международным стандартам, конференция высказывается за дальнейшее совершенствование отдельных положений законодательства, в частности:

- имплементацию в Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» изменений, внесенных Комиссией ООН по праву международной торговли

в 2006 году, которые касаются, принудительного исполнения обеспечительных мер, принимаемых международным арбитражем, а также принятия государственными судами обеспечительных мер в поддержку арбитража;

- регламентацию в Гражданском процессуальном кодексе Украины рассмотрения этих вопросов судами, а также регламентацию порядка рассмотрения судами ходатайств об отмене решений международного коммерческого арбитража, если место арбитража находится в Украине с выделением в отдельную главу производство по таким делам.

9. Конференция констатирует, что судами Украины в целом выработана практика, соответствующая принципу ограниченного вмешательства судебных органов в деятельность арбитража, который заключается в невозможности пересмотра арбитражных решений по существу. В то же время необходимо признать, что отдельные судебные решения, принимаемые судами первой инстанции, об отмене арбитражных решений, или отказе в признании и исполнении этих решений не учитывают особенностей международных обязательств Украины и специфики арбитража.

Избежанию подобных ошибок способствовала бы передача на апелляционный уровень государственных судов рассмотрения указанных категорий дел, что соответствовало бы международной практике.

Научно-практическое издание

**Материалы II Международных арбитражных чтений
памяти академика Побирченко И.Г.**

Сборник докладов

Над выпуском работали:

*Селивон Н.Ф.,
Захарченко Т.Г.*

Компьютерная верстка:

Родак Р.С.

Подписано к печати 28.04.2015. Формат 70x100/16.

Гарн. Times New Roman. Усл. печ. л.

Печать офсетная. Бумага офсетная. Тираж 200 экз.

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. Волинская, 60

Свидетельство о внесении в Государственный реестр

Серия ДК №4404 от 31.08.2012 г.

