

Арбітражні застереження: як не потрапити в пастку



Володимир НАГНИБИДА,
арбітр МКАС при ТПП України,
к.ю.н.

Протягом останніх років темі арбітражних застережень присвячено чимало уваги на сторінках юридичних наукових та практичних видань. Побачили світ навіть окремі монографічні видання. Низка аспектів щодо укладення та реалізації арбітражних застережень обговорювалося під час різноманітних форумів, арбітражних читань та арбітражних конференцій і круглих столів.

Однак на практиці достатньо часто трапляються контракти, арбітражні застереження в яких лише віддалено нагадують те, що мало б називатися арбітражним застереженням. До прикладу, одне з таких містилося в контракті, укладеному між українською і молдовською фірмами, та мало такий зміст: «Усі спори за цим контрактом вирішуються Арбітражним або Господарським судом у країні відповідача». Звісно, подібні оригінальні формулювання призводять лише до патологічності арбітражного застереження та породжують низку проблем у реалізації права сторони контракту на захист своїх порушених прав у порядку арбітражу. Така ситуація

склалася через низку причин, про які найближчим часом ми опублікуємо окремий розгорнутий матеріал, підготовлений за результатами реалізації МКАС при ТПП України проекту «Свобода вибору правил гри: не втрачай своє право на арбітраж» протягом лютого-червня 2018 р.

Тому наразі наведемо лише найбільш поширені ризики, які підстерігають вітчизняних учасників міжнародних контрактів та пов'язані з перепонами у вирішенні спорів в арбітражі через дефект арбітражної угоди, а також сформулюємо поради, як не потрапити в пастку у зв'язку з їх настанням.

Порада №1

«Арбітражу бути», або без арбітражної угоди немає арбітражу

Основна проблема, яка виникає в юридичній практиці – це нечіткість (розмитість) положень арбітражної угоди. Як відомо, арбітражне застереження є одним із видів арбітражних угод, що міститься в контракті та передбачає вирішення в порядку арбітражу спорів, які можуть виникнути в майбутньому. Арбітражне застереження, як правило, набирає чинності разом із контрактом.

Проблема з'являється тоді, коли сторони контракту нечітко або неоднозначно сформулювали положення щодо окремих елементів арбітражного застереження, внаслідок чого виникають труднощі з його реалізацією. Серед обов'язкових елементів арбітражних застережень виділяють: обсяг – категорії спорів або відносини, щодо вирішення яких сторони контракту погодили застосування арбітражного порядку вирішення спорів; вказівку на арбітраж, компетентний вирішувати вказані спори, а саме на його офіційну назву.

Обсяг рекомендується відображати в контрактах максимально широким за змістом формулюванням. На-

приклад, МКАС при ТПП України у типовому застереженні рекомендує використовувати таке положення: «Усі спори, розбіжності чи вимоги, які виникають із цього договору або у зв'язку з ним, у тому числі щодо його укладення, тлумачення, виконання, порушення, припинення чи недійсності...».

Щодо вказівки на арбітраж, передусім, сторонам потрібно визначитися, чи бажають вони передати свої спори на розгляд арбітражу *ad hoc*, чи звернутися до постійно діючої арбітражної інституції. Якщо до останньої, то варто дотримуватися перевіреної робочої поради – зазначити повну офіційну назву обраного ними арбітражу, адже творчість у цьому випадку інколи також може завдати сторонам неабияких проблем.

Так, в одному з контрактів у застереженні було вказано, що всі спори вирішуються «... арбітражем, створеним при відповідній торгово-промисловій палаті країни відповідача». Очевидно, що таке застереження працюватиме лише в тих випадках, коли сторонами контракту будуть господарюючі суб'єкти країн, де арбітражі створені саме при торгово-промислових палатах (Україна, Білорусь, Російська Федерація). Однак відомо, що абсолютна більшість провідних арбітражних центрів світу створені та діють при інституціях, які не мають назви «торгово-промислової палати» або взагалі є самостійними інститутами. Тому у випадку, коли подібне застереження буде інкорпороване в контракті з англійською фірмою, інша сторона (позивач) матиме серйозні труднощі вже на етапі обґрунтування юрисдикції британського арбітражу.

Таким чином, відсутність або нечіткість формулювань щодо вказаних елементів може мати критичний характер, оскільки призведе або взагалі до неможливості реалізації такого застереження, або надасть

одній зі сторін процесуальні засоби для затягування процесу вирішення спору та/або зловживання процесуальними правами. В обох випадках сторони контракту ризикують опинитися зі спором за таким контрактом там, де вони не бажали бути – в національному суді однієї зі сторін з усіма наслідками в частині строків вирішення спору та можливості виконання постановленого рішення.

Порада №2

Форма має значення

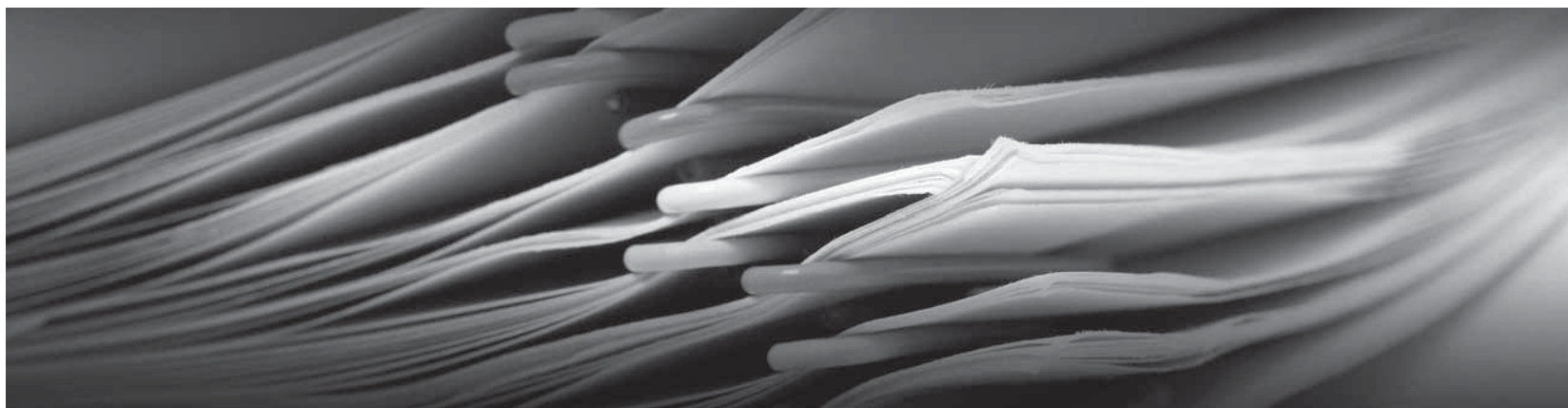
Відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р. та Європейської конвенції 1961 р., арбітражні застереження укладаються лише в письмовій формі. При цьому незалежно від того, чи арбітражна угода укладена у вигляді застереження в контракті, чи окремої арбітражної угоди, вона може бути підписана сторонами або укладена шляхом обміну листами чи телеграмами. На практиці вказані положення мають надзвичайно важливе значення, адже в багатьох випадках дозволяють сторонам подолати дефекти укладеної арбітражної угоди або взагалі укласти додаткову угоду про вирішення спорів у порядку арбітражу на стадії конфлікту, коли сторони розуміють, що вирішення спорів у національних судах однієї зі сторін є неефективним.

Практика останніх років свідчить, що найсерйозніші спори щодо арбітражних угод здебільшого виникають саме навколо питання їх форми, а також повноважень підписанта.

Порада №3

«А що, якщо?», або виправляємо дефекти

Як бути, коли дефектне арбітражне застереження вже міститься в контракті, підписаному сторонами, та в ситуації спору, що існує між сторонами такого контракту,





будь-яке уточнення його змісту шляхом укладення додаткової угоди виключається? Звісно, в таких випадках кожна ситуація особлива, адже все залежить від того, які формулювання впливають на чинність, виконувальність та/або дійсність арбітражного застереження. Однак порядком у низці випадків може стати норма, передбачена у ч. 2 ст. 21 ЦПК України та продубльована у ч. 3 ст. 22 ГПК України, згідно з якою «будь-які неточності в тексті угоди про передачу спору на вирішення до третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу) та (або) сумніви щодо її дійсності, чинності та виконувальності повинні тлумачитися судом на користь її дійсності, чинності та виконувальності».

Окрім того, на практиці часто використовується такий інструмент як листування між сторонами, в якому одна сторона формулює «бажани» для неї положення арбітражної угоди (наприклад, щодо арбітражної установи, застосовуваного права, місця арбітражу, кількості арбітрів тощо), а інша – проти цього не заперечує.

Порада №4

Звертаємо увагу на правонаступництво

Питання поширення дії арбітражного застереження на осіб, які його не підписували, сьогодні є досить непростою та вкрай актуальною. На практиці часто трапляються випадки правонаступництва на основі різних підстав. Звідси виникає запитання про те, чи зберігає дію арбітражне застереження стосовно осіб, які його не підписували – правонаступників. Міжнародна практика йде тим шляхом, що дія арбітражних угод у таких випадках поширюється на правонаступників, коли мова йде про сингулярне правонаступництво (наприклад, у зв'язку із заміною кредитора чи боржника в зобов'язаннях або внаслідок реорганізації юридичної особи). Водночас у кожному окремому випадку потрібно аналізувати обставини, сторони, зобов'язання, після чого приймати рішення що-

до збереження дії, укладеної правопередником арбітражної угоди та її поширення на правонаступника.

Питання дійсності арбітражних угод при універсальному правонаступництві, коли всі права та обов'язки правопередника переходять до правонаступника, зазвичай породжують значно менше спорів, оскільки з огляду на зазначене, до правонаступника переходить весь комплекс прав та обов'язків.

Порада №5

«Last but not least» – використовуємо типові арбітражні застереження

Використання типових арбітражних застережень, розроблених кожним арбітражним центром світу з урахуванням його практики – це навіть не порада, а ключовий принцип у випадку, коли сторони бажають передати спір на вирішення арбітражу. Алгоритм дій тут достатньо простий. Якщо сторони прийняли рішення вирішувати спори за договором у порядку арбітражу, необхідно визначитися з арбітражною установою та скористатися на її офіційному сайті запропонованою редакцією арбітражного застереження, інкорпорувавши її в контракт. Ці прості дії є надзвичайно ефективними, адже такі типові проформи відпрацьовані кожною арбітражною інституцією світу з урахуванням прогресивного досвіду та найкращих практик.

Підсумовуючи, варто зазначити, що вказані поради є тим мінімумом (як зараз говорять), «джентельменським набором», пам'ятаючи про який бізнес не потрапить у пастку, а спори за міжнародними контрактами будуть швидко та ефективно вирішені в порядку арбітражу. Безперечно, часто практика породжує досить неординарні ситуації, тому завдання арбітражної спільноти – гідно приймати такі виклики, зберігаючи при цьому класичні, фундаментальні основи арбітражного процесу як найбільш ефективного способу вирішення міжнародних комерційних спорів. [K](#)

Формулювання правильної кваліфікації як записка законного судового рішення



Іван СТАРОСТА,
адвокат, партнер
АО «Клочков та партнери»



Нещодавно прес-служба Верховного Суду розмістила повідомлення щодо ухваленого судового рішення Першої палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, яким із судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій виключена кваліфікуюча ознака злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України, а саме «крадіжка, поєднана з проникненням в інше сховище».

Положення вищезгаданої ч. 3 ст. 185 КК України передбачає таку кваліфікуючу ознаку крадіжки як поєднання протиправних дій з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище або таку, що завдала значної шкоди потерпілому.

Відсутність законодавчого закріплення понять «проникнення», «інше приміщення» та «сховище» надає можливість органам досудового розслідування та судам на власну, суб'єктивну думку робити висновки про те, чи існували вка-

зані поняття в кожному конкретному випадку, чи ні.

Верховний Суд у своїй Постанові від 10.04.2018 р. у справі №569/6988/16-к акцентує увагу на необхідності детального з'ясування такої обставини вчинення злочину як місце його вчинення (зокрема, чи мала особа, яка вчинила злочин, вільний доступ до місця вчинення злочину). Верховний Суд зазначає, що наявність вільного доступу особи до місця вчинення злочину (в цьому випадку мова йде про подвір'я) виключає можливість кваліфікації протиправних дій за ознакою «проникнення у сховище» (ч. 3 ст. 185 КК України).

Така позиція Верховного Суду узгоджується з висновками Пленуму Верховного Суду України, викладеними у Постанові №10 від 06.11.2009 р. «Про судову практику у справах про злочини проти власності». Відповідно до п. 22 цієї Постанови, під сховищем слід розуміти певне місце або територію, відведені для постійного чи тимчасового зберігання матеріальних цінностей, які мають засоби охорони від доступу до них сторонніх осіб (огорожа, охоронець, сигналізація тощо). При цьому не може визнаватися сховищем не огорожена і така, що не охороняється, площа або територія, на яку вхід сторонніх осіб є вільним, а також місцевість, що була відведена та використовується для вирощування продукції чи випасу тварин (сад, город, ставок, поле тощо).

Таким чином, у розрізі наявної судової практики слід зазначити, що навіть якщо територія, на якій відбулося вчинення злочину, огорожена парканом чи огорожею, однак така огорожа не перешкоджає вільному доступу стороннім особам до відповідної території, у такому випадку кваліфікація дій особи за ч. 3 ст. 185 КК України є безпідставною.

Така правова позиція Верховного Суду є вагомим внеском у формування практики застосування кримінального закону у цій категорії справ та стане превентивним заходом від хибного обвинувачення. [K](#)

