В. В. Комаров
В. Н. Погорецкий

Международный коммерческий арбитраж

Харьков
«Право»
2009

ББК 67.9 (4 УКР) 74
К 63

Комаров В. В., Погорецкий В. Н.

К 63 Международный коммерческий арбитраж. – Х.: Право, 2009. – 164 с.

ISBN 978-966-458-112-4

В издании рассмотрены научно-практические вопросы современного международного коммерческого арбитража.

Рассчитано на юристов-практиков, научных работников, студентов высших учебных заведений.

ББК 67.9 (4 УКР) 74

© Комаров В. В., Погорецкий В. Н., 2009
© «Право», 2009

ISBN 978-966-458-112-4

ВВЕДЕНИЕ

Практика международного экономического и научно-технического сотрудничества показывает, что большинство разногласий и споров, возникающих при исполнении внешнедоговорных контрактов, разрешаются международным коммерческим арбитражем, который получил широкое признание и чей престиж неуклонно возрастает. Большинство стран мира признает обязательность решений международных коммерческих арбитражей. Так, под эгидой Лиги Наций были подписаны два международных соглашения — Протокол об арбитражных оговорках 1923 г.[1] и Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 г.[2]

Существенное влияние на распространение арбитража оказала Нью-Йоркская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений, принятая 10 июня 1958 г. на конференции Организации Объединенных Наций. На 1 января 2009 г. ее участниками являются более 140 стран. Конвенцией предусмотрены надежные гарантии для признания соглашений об арбитраже и исполнения решений арбитража.

Упорядочению и совершенствованию международно-договорной регламентации арбитража способствовала и Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже, принятая 21 апреля 1961 г. полномочными представителями 22 европейских государств в Женеве.

[1] Протокол подписали около 50 стран (Англия, Австрия, Багама, Бангладеш, Бельгия, Белиз, Британские Виргинские острова, Греция, Гренада, Гонконг, Гибралтар, Гайана, Дания, Доминика, Замбия, Западная Самоа, Испания, Израиль, Италия, Индия, Каймановы острова, Люксембург, Монтсеррат, Нидерланды, Новая Зеландия, Пакистан, Португалия, Франция, ФРГ, Швеция, Швейцария и др.)

[2] Конвенцию подписали около 40 стран (Австрия, Антигуа и Барбуда, Бангладеш, Бельгия, Белиз, Греция, Гренада, Гайана, Дания, Доминиканская Республика, Испания, Индия, Израиль, Ирландия, Италия, Западная Самоа, Кения, Люксембург, Мальта, Маврикий, Пакистан, Португалия, Сент-Люсия, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Таиланд, Швеция, Швейцария, Япония и др.)

Примером регионального сотрудничества явилась и Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже, принятая в Панаме 30 января 1975 г. Ее особенностью является то, что она открыта для присоединения любого государства независимо от членства в Организации американских государств[1].

О широком признании арбитража в сфере международного экономического и научно-технического сотрудничества свидетельствует также упоминание о нем в ряде политических документов. Так, в Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе, подписанном в Хельсинки 1 августа 1975 г., впервые в мировой практике на высшем многостороннем уровне подчеркивалась роль арбитража как одного из способов быстрого и справедливого разрешения споров, возникающих из коммерческих сделок и контрактов о промышленном сотрудничестве. Отдельный подраздел Заключительного акта «Сотрудничество в области экономики, науки и техники и окружающей среды. Торговля. Арбитраж» закрепил положение о том, что быстрое и справедливое разрешение споров, способных возникнуть из коммерческих сделок, относящихся к торговле и обмену услугами, и из контрактов в области промышленного сотрудничества, способствует расширению и облегчению торговли и сотрудничества, а арбитраж является одним из подходящих способов разрешения таких споров. Совещание рекомендовало организациям, предприятиям и фирмам своих стран предусматривать арбитражную оговорку в коммерческих сделках и контрактах или специальных соглашениях, а также проводить арбитраж на основе взаимоприемлемого регламента и допускать проведение арбитража в третьей стране с учетом действующих межправительственных и иных соглашений в этой области.

Значительный прогресс в сфере арбитража достигнут на уровне институтов Организации Объединенных Наций, сотрудничества торговых палат и арбитражных центров различных стран.

Особого внимания заслуживает деятельность институтов ООН, направленная на унификацию правил арбитражной процедуры. Речь, прежде всего, идет о Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Экономической комиссии ООН для Европы (ЕЭК) и Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока (ЭКАДВ)[2]. В 60–80 годах их усилиями достигнут значительный

[1] Участниками Конвенции являются: Чили, Колумбия, Коста-Рика, Сальвадор, Гондурас, Мехико, Панама, Парагвай, США, Уругвай, Венесуэла.

[2] С 1974 г. Комиссия переименована в Экономическую и социальную комиссию ООН для Азии и Тихого океана (ЭСКАТО).

прогресс в данной области. Под эгидой ЕЭК разработан Арбитражный регламент ЕЭК (январь 1966 г.); под эгидой ЭКАДВ разработаны Правила международного коммерческого арбитража (апрель 1966 г.); под эгидой ЮНСИТРАЛ — Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (апрель 1976 г.) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (июнь 1985 г.).

Весьма эффективным и полезным стало двустороннее и многостороннее сотрудничество между арбитражными центрами разных стран по обмену информацией, заключение соглашений о сотрудничестве. Указанные соглашения, как правило, содержат примерные арбитражные оговорки, которые рекомендуется использовать и включать в контракты между субъектами внешнеэкономической деятельности соответствующих стран.

Наряду с этим в практике международного сотрудничества по проблемам арбитража имеется немало соглашений арбитражных центров, которые предусматривают более широкий спектр такого сотрудничества. Так, в Соглашении о сотрудничестве, заключенном в свое время между Швейцарской арбитражной ассоциацией и Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Украины, сказано, что эти арбитражные центры будут прилагать усилия, направленные на развитие в своих странах международного коммерческого арбитража и других альтернативных средств разрешения международных коммерческих споров, периодический обмен информацией о своей деятельности, законодательстве и практике международного арбитража. Кроме того, стороны договорились, что они будут содействовать ведению арбитражного процесса в своих странах и оказывать помощь советами или рекомендациями по вопросам о выборе арбитра, соло — арбитра, месте арбитража, назначении экспертов, выборе юристов для передачи материалов в арбитраж или местные суды, помощи в секретарском обслуживании, переводах и т. д.[1]

На протяжении многих лет действует Международный совет по коммерческому арбитражу (МСКА), предшественниками которого были Международный организационный комитет по подготовке международных конгрессов, Международный комитет по коммерческому арбитражу. Согласно Заявлению МСКА о целях и процедуре его членами являются лица, ведущие активную деятельность в арби-

[1] Investing in Eastern European Countries – and Orbitration. ASA. Special Series N 5. – 1993. – P. 223–226.

тражных организациях в различных регионах мира, а также лица, не связанные с конкретными арбитражными организациями, но являющиеся признанными специалистами в области международного коммерческого арбитража. МСКА осуществляет деятельность по подготовке международных конгрессов по арбитражу и проводит иные мероприятия в связи с дальнейшим развитием международного коммерческого арбитража. МСКА обеспечивает развитие сотрудничества арбитражных организаций путем проведения научных исследований, обмена информацией, поощрения и поддержки публикаций, содействия гармонизации регламентов, законов, процессуальных норм и правил и т. п. С 1978 г. МСКА обладает официальным статусом международной неправительственной организации, благодаря чему включен Комитетом по международным неправительственным организациям Экономического и Социального Совета ООН в специальный регистр «Roseter» и получил право в рамках своей компетенции участвовать в работе ЭКОСОС и других органов ООН. Наконец, в последние годы достаточно успешно решаются вопросы законодательной регламентации арбитража во многих странах[1].

Успешное развитие международного коммерческого арбитража и его институционное значение в системе международных экономический отношений, усилия государств и международных организаций свидетельствуют, что в условиях глобализации мирохозяйственных связей его роль будет возрастать.

[1] См.: Majid S . Arbitration in Iraq // Arab Law Quarterly. – Vol. 19, No. 1–2. – P. 267–275; Cairns D. The Spanish Application of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration // Arbitration International. – 2006. – Vol. 22, No. 4. – P. 573–595; Alhamidah K. Administrative Contracts and Arbitration in Light of the Kuwaiti Law of Judicial Arbitration No. 11 of 1995 // Arab Law Quarterly. – 2007. – Vol. 21. – P. 35–63; Wenying W. Distinct Features of Arbitration in China An Historical Perspective// Journal of International Arbitration. – 2006. – Vol. 23(1). – P. 49–80.

1. ПОНЯТИЯ И ВИДЫ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

Международный коммерческий арбитраж (третейский суд)[1] является разновидностью коммерческого арбитража, который исторически возник в Англии и на европейском континенте для рассмотрения споров между купцами на ярмарках, торговых местах и при осуществлении торговли на Балтийском море[2].

Имеющиеся данные свидетельствуют о продолжительной истории арбитража. Некоторые исследователи даже утверждают, что арбитраж как форма примирительного разрешения споров предшествовал государственному суду[3].

Действительно, арбитраж имеет давнюю историю. В своем капитальном труде А. Ф. Волков исследовал историю возникновения арбитража в римском праве, его развитие в средние века, когда появились торговые третейские суды, а также в период бурного развития торговли в XVIII–XIX веках[4]. Вместе с тем о становлении коммерческого арбитража в его собственном юридико-социальном понимании и как некоем прообразе современного арбитража можно говорить, пожалуй, с XVIII века, когда отмечается активное развитие и законодательства об арбитраже, и арбитражной практики. И только в XX столетии, по нашему мнению, он приобрел широкое признание и соответствующий правовой статус.

[1] Термины «арбитраж» и «третейский суд» в законодательстве, науке и правоприменительной практике используются как синонимы.

[2] См.: The new Encyclopedia Britannica. Volume 22. – 1993. – P. 465.

[3] Сталев Живко. Българско гражданско процесуално право. – София, 1979. – С. 805.

[4] См.: Волков А. Ф.Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. – Спб., 1913.

В историко-правовом аспекте становления арбитража следует отметить особое значение Декрета Национального собрания Франции от 24 августа 1790 г., который предусмотрел, что третейский суд является самым рациональным средством разрешения споров между гражданами, и законодатели не должны делать никаких распоряжений, которые могли бы уменьшить значение и действительность компромисса об арбитраже[1].

Первым специальным законом об арбитраже был закон Англии от 26 августа 1889 г. Этим законом утверждались такие основополагающие принципы арбитража, как добровольность соглашения об арбитраже, право всех лиц, заключающих контракты, на арбитраж, а также процедура арбитража.

В России в начале XIX века арбитраж был распространенным явлением. Положение о третейском суде 1831 г. вводило узаконенные (обязательные) и добровольные третейские суды. В результате Судебной реформы 1864 г. в Уставе гражданского судопроизводства сохранился только добровольный третейский суд, поскольку узаконенный суд был отменен.

Германское законодательство наиболее последовательно подошло к регламентации арбитража. Устав гражданского судопроизводства 1877 г. предусмотрел добровольность арбитража, а также обязательность и случаи оспоримости решений арбитража.

Законодательство Англии, Германии, России и других стран адекватно отражало природу арбитража как альтернативного способа разрешения споров, возникающих в сфере экономического оборота, в основе которого лежит договор и который исключает юрисдикцию государственных судов по рассмотрению конкретных дел. Собственно говоря, это стало определяющим моментом для последующего развития арбитража и иных альтернативных способов разрешения коммерческих споров. В этом аспекте интересно обратить внимание на развитие доктрины неарбитражного разрешения споров на фоне повышения значимости международного коммерческого арбитража в США, которые в современных условиях, можно сказать, являются лидером престижности арбитражных институтов, хотя в свое время американские суды активно проповедовали эту доктрину и негативно относились к арбитражу. Негативная точка зрения американских судов

[1] В последующем в законодательстве Франции арбитраж получал различное нормативное закрепление, но Декрет от 24 августа 1790 г. явился примером адекватной регламентации арбитража как договорной юрисдикции.

объясняется влиянием различных факторов — обеспокоенностью тем, что суды лишаются юрисдикции, скептицизмом к компетентности и справедливости арбитражного процесса, подозрением, что арбитражные соглашения могут быть продуктом неравных рыночных позиций[1].

Начиная с 1920 г., когда стали приниматься законодательные акты о арбитраже, и до принятия Федерального арбитражного акта США 1925 г. (United States Federal Arbitration Act), в сущности судебная практика и отношение судов к доктрине неарбитражного разрешения споров не изменилась. Однако Акт стал основанием для применения в последующем Нью-Йоркской конвенции 1958 г., что в целом было позитивным. Конгресс США принял поправки ко второму разделу Акта, в соответствии с которыми Нью-Йоркская конвенция должна была применяться как национальный закон США. Поскольку Федеральный арбитражный акт имеет высшую силу по сравнению с законами штатов, дела, которые рассматриваются государственным судом и подпадают под действие Нью-Йоркской конвенции, должны разрешаться в соответствии с Актом, а не законом того или иного штата. Правда, следует отметить одну важную деталь — Акт оставлял достаточно широкую возможность судебного усмотрения в части определения арбитрабильности коммерческих споров. Дж. Борн обратил внимание, что Федеральный арбитражный акт не содержал положений, которые напрямую связаны с предметом неарбитражного разрешения споров и тем самым оставлял развитие доктрины на усмотрение судов[2].

До присоединения США к Нью-Йоркской конвенции доктрина неарбитражного разрешения споров была подтверждена в деле *Вилко* против *Свона* (1953 г.), в котором по сути впервые федеральные суды столкнулись с вопросом неарбитражного разрешения споров в соответствии с Федеральным арбитражным актом[3]. Это дело стало принципиальным и оно положило начало формированию взгляда по поводу доктрины неарбитражного решения споров.

Суть данного дела сводилась к тому, что инвестор предъявил иск к брокерской фирме в связи с ненадлежащим представлением его интересов при покупке ценных бумаг в соответствии с законодатель-

[1] Born G. International Commercial Arbitration in the United States. – Kluwer Law and Taxation Publishers: The Hague, London, New York, 1994. – P. 324.

[2] Там же.

[3] Wilko v. Swan, 346 U.S 427 (1953).

ством о ценных бумагах США (Закон о ценных бумагах 1933 г.). В контракте на покупку отмечалось, что споры должны решаться путем арбитража. Брокерская фирма обратилась в суд с просьбой отказать в принятии иска. Суд решил, что арбитражное соглашение лишит истца преимуществ рассмотрения спора в суде в соответствии с Законом о ценных бумагах и принял иск. Апелляционный суд отменил это решение и в последующем дело рассматривалось Верховным судом США.

Верховный суд США пришел к выводу, что дело должно разрешаться в соответствии с Законом о ценных бумагах 1933 г., а не Федеральным арбитражным актом. Суд констатировал, что, хотя Конгресс и склонен к усилению роли арбитража, существуют некоторые законы того же Конгресса, которые требуют судебного разбирательства дел. Закон о ценных бумагах является одним из законов, который демонстрирует желание Конгресса, чтобы любые нарушения Закона о ценных бумагах рассматривались в суде.

Верховный суд США определил как вопрос государственной политики, что Закон о ценных бумагах обеспечивает защиту инвесторов и покупателей ценных бумаг путем судебного разбирательства и, таким образом, нельзя отказать в праве на судебное разбирательство и при наличии в соглашениях оговорки об арбитраже. Ссылаясь на дело *Вилко*, федеральные суды низших инстанций начали применять доктрину неарбитражного разрешения споров с целью защиты общественных ценностей или законодательных целей. Так, требования, которые касаются патентных прав, стали считаться такими, что имеют общественный интерес и не могут разрешаться арбитражем. Федеральные суды полагали также, что федеральные антитрастовые иски являются слишком важными для того, чтобы рассматриваться путем «частного» арбитража[1].

В последующие несколько лет в результате складывающейся судебной практики на основании дела *Вилко* против *Свона* сложился достаточно большой перечень исков, которые не могли подпадать под юрисдикцию арбитража. Однако весьма интересно отметить, что Верховный суд США постепенно все-таки начал устанавливать строгие ограничения на применение этой доктрины, и в литературе этот факт оценивается как постепенный упадок доктрины неарбитражного решения споров.

[1] Born G. International Commercial Arbitration in the United States. – Kluwer Law and Taxation Publishers: The Hague, London, New York, 1994. – P. 324, 325.

В деле *Шерка* против *компании* «*Альберто-Кульвер*»[1] Верховный суд США решил, что иски в соответствии с Законом о фондовой бирже 1934 г. могут рассматриваться путем арбитража при наличии соответствующего положения в международных соглашениях между сторонами. Дело касалось американской компании «Альберто-Кульвер» и гражданина Германии, который жил в Швейцарии. Контракт между сторонами был подписан в Австралии и предусматривал передачу доли гражданина Германии американской компании. «Альберто-Кульвер» решила, что некоторые из долей подлежали залогу и обратилась в американский суд в соответствии с Законом о фондовой бирже. Гражданин Германии обратился с просьбой отказать в принятии иска в деле в связи с существованием арбитражного соглашения, в котором предусматривалось арбитражное рассмотрение спора в Париже. Суд отказал, ссылаясь на дело *Вилко*.

Верховный суд США отменил решение суда низшей инстанции, аргументируя это тем, что дело касается международного делового соглашения и что, таким образом, прецедент *Вилко* к данному случаю не подходит. Суд указал, что признания такого соглашения недействительным не только позволит ответчику отказаться от выполнения своей обязанности, но также будет отражать ограниченное представление о том, что все споры должны решаться в соответствии с законом и в судах. Мы не можем сделать так, чтобы торговля и коммерция на мировых рынках и международных водных путях осуществлялась исключительно на наших условиях и регулировалась исключительно нашими законами, а соответствующие споры решались исключительно в наших судах.

В последующем Верховный суд США аннулировал прецедент *Вилко* и решил, что иски, которые вытекают из Закона о ценных бумагах, могут разрешаться в арбитраже при условии, что стороны достигли соглашения об этом[2].

Договорная природа арбитража, таким образом, означает, что его формирование должно быть прерогативой сторон. Учреждение или избрание арбитража осуществляется спорящими сторонами.

Следует отметить и то, что арбитраж как способ рассмотрения споров является специфическим юридическим инструментом, так сказать, договорной правоприменительной власти, а не проявлением (или формой) государственного правоприменения, которое осуществляется в

[1] Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 505 (1974).

[2] Rodrigues de Quijas v. Shearson // American Express, Inc., 490 U. S. 477 (1989).

первую очередь судами, входящими в судебную систему того или иного государства и наделенными такой властью непосредственно законом.

Таким образом, коммерческий арбитраж — это негосударственный суд, учрежденный спорящими сторонами, источником правоприменительной деятельности которого является соглашение сторон, а не предписание закона, исключающее юрисдикцию государственного суда по рассмотрению конкретного дела в рамках, предусмотренных соглашением.

Как отмечалось выше, международный коммерческий арбитраж является разновидностью коммерческого арбитража. В то же время именно коммерческий арбитраж получил более широкое применение именно при рассмотрении споров, возникающих из внешнеэкономических сделок.

Действующее законодательство различных государств, как правило, закрепляет возможность рассматривать международными коммерческими арбитражами гражданские дела между национальными, с одной стороны, и иностранными субъектами права — с другой, а в ряде случаев — и возможность рассматривать арбитражами гражданские дела по спорам между иностранными субъектами права.

Так, согласно Закону Украины «О международном коммерческом арбитраже» в международный коммерческий арбитраж могут передаваться споры, возникающие из договорных и других гражданско-правовых отношений 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 их участников, а равно их споры с другими субъектами права Украины (ст. 1).

В ст. 3 Регламента международного арбитражного суда при Белорусской Торгово-промышленной палате прямо предусмотрено, что арбитражный суд наряду с иными рассматривает и споры между иностранными субъектами хозяйствования, расположенными за пределами Беларуси.

В условиях все большего развития и специализации международного экономического обмена, международно-правового регулирования коммерческого арбитража его значение, безусловно, возрастает[1]. При этом в ряде публикаций справедливо подчеркивается эффективность арбитража, его преимущества при рассмотрении между-

[1] Lew J., Mistelis L., Kröll S. Comparative International Arbitrartion. – Kluwer Law International: The Hague, London, New York, 2003. – P. 1–16.

народных гражданских дел по сравнению с национальными судами. Более того, некоторые авторы высказывают мнение о неподготовленности судей национальных судов в вопросах торгово-промышленной, финансово-кредитной, международной деятельности и недостаточности одних лишь профессионально-юридических познаний судей для объективного и квалифицированного рассмотрения споров. Наконец, делается вывод, что арбитраж занимает в отношении международных гражданских дел едва ли не такое же положение, как государственный суд в отношении общегражданских дел[1].

По-нашему мнению, несмотря на эффективность и социальную значимость международного коммерческого арбитража, необходимо учитывать степень его возможного применения, равно как и степень применения и использования судебного процесса для рассмотрения и разрешения международных гражданских дел. Хотя для бизнесменов-международников арбитраж более привлекателен, чем суд, все же в некоторых случаях целесообразнее для защиты прав и охраняемых законом интересов использовать судебную защиту.

По каким причинам арбитраж может быть предпочтительнее суда? Преимущество арбитража состоит прежде всего в том, что он обеспечивает приемлемую, доступную и более простую, в отличие от судебной, процедуру разрешения споров. Иными словами, речь идет о процедуре, установленной спорящими сторонами, которая в целом может быть адекватной и приспособленной для принятия согласованных решений. Даже в тех случаях, когда стороны обращаются в постоянно действующий коммерческий арбитраж, имеющий свои правила процедуры, они могут внести коррективы в процедуру арбитража. В соответствии со ст. 15 Арбитражного регламента Международной торговой палаты при производстве дела арбитр руководствуется правилами, вытекающими из Регламента, а в случаях, когда его положений недостаточно, — любыми правилами, которые установили стороны. В Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ предусмотрено, что если стороны решили передать на рассмотрение арбитража споры согласно данному Регламенту, то такие споры подлежат разрешению в соответствии с Регламентом с теми изменениями, о которых стороны могут договориться в письменной форме (ст. I).

Весьма существенно и то, что стороны могут формировать состав арбитража, который рассматривает и разрешает дело. Это способствует доверию сторон к арбитрам и их компетентности.

Производство в арбитраже позволяет согласовать взаимоприемлемый язык арбитражного разбирательства. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о

[1] Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж. – М., 1965. – С. 5–6.

международном коммерческом арбитраже установлено, что стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться в арбитражном разбирательстве. В отсутствие такой договоренности это определяет арбитражный суд. Договоренность или определение, если в них не оговорено иное, относятся к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению арбитражного суда (ст. 22). Норма, закрепляющая такое право сторон, содержится и в национальном законодательстве об арбитраже, а также в арбитражных регламентах постоянно действующих арбитражей.

Важной особенностью производства в арбитраже является его конфиденциальный характер, в отличие от гласности судебного процесса, что также является его преимуществом. Так, в соответствии со ст. 20.7 Арбитражного регламента Международной торговой палаты арбитражный трибунал может принять меры для защиты коммерческих секретов и конфиденциальной информации. Статья 12 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины устанавливает, что председатель МКАС, его заместители, арбитры и секретариат обязаны соблюдать конфиденциальность в отношении ставшей им известной информации о спорах, рассматриваемых в МКАС.

К преимуществам арбитража относится и возможность избрать не только приемлемую арбитражную процедуру, но и приемлемое право. Так, в соответствии со ст. 33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу. При отсутствии такого согласования сторон арбитражный суд применяет право в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

Решения коммерческого арбитража, в отличие от решений суда, являются окончательными, что способствует завершенности любого арбитражного производства. Они не подлежат ни апелляции, ни последующему обжалованию, хотя в установленном порядке решение арбитража может быть объявлено недействительным (ст. IX Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже), а также государственный суд вправе отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения компетентными властями (ст. V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений).

Одним из наиболее существенных преимуществ арбитража является наличие механизма, обеспечивающего признание и исполнение решений коммерческого арбитража за счет конвенционного регулирования этого вопроса. Согласно Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений страны, подписавшие соглашение, взяли на себя обязательства исполнения иностранных арбитражных решений. В судебной системе разрешения споров аналогичных международных договоров такого масштаба не существует.

Иногда высказывается мнение, что предпочтение, отдаваемое арбитражному разрешению споров, вытекающих из международных коммерческих сделок, объясняется тем, что арбитражное разбирательство, как правило, более быстрое и влечет за собой значительно меньшие расходы, чем судебное[1]. Не вызывает сомнения и, более того, находит свое подтверждение идея срочности арбитража. Она закреплена в унифицированных документах, посвященных арбитражу, а также во многих регламентах постоянно действующих коммерческих арбитражей. Так, согласно ст. 13.2 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины срок арбитражного рассмотрения дела не должен превышать 6-ти месяцев со дня получения Арбитражным судом надлежащим образом оформленного иска и суммы арбитражного сбора. В соответствии с п. «г» ст. 55.1 Регламента Арбитражный суд прекращает арбитражное рассмотрение дела, если считает, что продолжение рассмотрения стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным. Однако, несмотря на то, что срочность арбитража — несомненный факт, вряд ли можно согласиться с тем, что именно в этом — преимущество арбитража перед судопроизводством. Равно как необоснованно утверждать, что рассмотрение дел в арбитраже может преследовать цель понести меньшие расходы[2].

Отмеченные преимущества подтверждают, что арбитраж в сфере международного экономического оборота является уникальным юридическим инструментом, позволяющим окончательно разрешить правовой спор, при этом преодолеть ряд трудностей правового и фактического характера, которые могут возникнуть при обращении

[1] Минаков А. И. Арбитражное соглашение и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. – М., 1985. – С. 9; Комаров А. Разрешение международных коммерческих споров // Закон. – 1994. – № 2. – С. 25.

[2] См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М., 1993. – С. 342.

в государственный суд. К примеру, участники сделки А. и Б. из разных стран заключают международный контракт. В случае возникновения спора А. может обратиться в суд с иском по месту нахождения Б. Он вынужден будет подыскать юристов в стране Б., знающих законодательство, судебную практику, выяснить компетенцию соответствующих национальных судов, процедуру рассмотрения дел, правила установления применимого права, возможности апелляции и обжалования судебных решений, вторичного рассмотрения дела и т. п. Если в связи с невыполнением контракта Б. вынужден будет обратиться в суд в стране А., то перед ним возникнут аналогичные вопросы. Если же стороны заключают соглашение об арбитраже в стране А., Б. или в третьей стране, то проблемы, которые возникают при обращении в государственный суд, практически будут исключены.

Международная практика создала различные виды коммерческого арбитража: случайный и институционный. Случайный арбитраж учреждается для разрешения конкретного спора (австрийский юрист Ламмош назвал его арбитражем *ad hoc*). После разрешения того или иного спора арбитраж прекращает существование. Процедура случайного арбитража может определяться сторонами самостоятельно либо путем договоренности о применении модельных правил арбитража (например, Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

В настоящее время широкое распространение получили постоянно действующие, или институционные, арбитражи. Они учреждаются при торговых палатах, биржах, различных ассоциациях, организациях и т. п. Институционный арбитраж организуется как арбитражное учреждение, не входит в государственный аппарат и является негосударственным образованием. Состав институционного арбитража может формироваться различными способами. Как правило, он образуется из лиц, внесенных в список арбитров, органом той организации, при которой он состоит. В некоторых арбитражных учреждениях круг лиц, которые могут входить в состав арбитража, определяется не списком арбитров, а членством в соответствующей организации.

Для институционного арбитража, в отличие от арбитража *ad hoc*, характерно также наличие собственных правил процедуры, которые предусматривают порядок образования состава арбитража и разрешения коммерческих споров.

Институционный арбитраж претерпел некоторую эволюцию в своем развитии. В этом отношении следует отметить специализацию постоянно действующих арбитражей. Так, наряду с арбитражами, так сказать,

общей юрисдикции, которые рассматривают любые споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных форм международных экономических связей, создаются арбитражи со специальной (ограниченной) юрисдикцией (торговые, морские и т. п.). К арбитражам специальной юрисдикции относятся, например, Лондонская Ассоциация Морских Арбитров (the LMAA), арбитражная процедура в ВТО, Арбитражный суд Ассоциации по хлопку в Польше, Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Украины, Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации и др. В соответствии с Положением о Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации комиссия разрешает споры, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из торгового мореплавания (по фрахтованию судов, морской перевозке грузов, морской буксировке судов и иных плавучих средств и т. д.). Аналогичным образом определяется компетенция других специализированных арбитражей.

Учитывая тенденцию институализации арбитража, некоторые ученые полагают, что сфера арбитража сужается[1]. Согласиться с такими утверждениями, на наш взгляд, нет оснований.

Унификация статутных норм арбитража и арбитражной процедуры, которая прослеживается в действующем национальном законодательстве, международно-договорных документах и модельных правилах об арбитраже, позволяет прийти к выводу не о приоритете институционных арбитражей, а о сближении арбитража *ad hoc* и институционного арбитража, а также о некоторой ассимиляции арбитражных процедур. Примечательно, что Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже закрепила равное отношение к арбитражу *ad hoc* и институционному арбитражу. Согласно п.п. «b» п. 2 ст. I данной Конвенции термин «арбитраж» обозначает разбирательство споров как арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу (арбитраж), так и постоянными арбитражными органами. В соответствии со ст. 2 Закона Канады «О коммерческом третейском судопроизводстве» от 17 июня 1986 г. третейское судопроизводство означает любое третейское судопроизводство, независимо от того, осуществляется оно или нет постоянным третейским учреждением. Сближение арбитража *ad hoc* и институционного арбитража состоит не только в ассимиляции процедур рассмо-

[1] См.: Лебедев С. Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. – М., 1980. – С. 7.

трения споров, но и в сближении статутных оснований их деятельности. Особенно это проявляется в возможности, предоставляемой сторонам, при формировании арбитража устанавливать компетентный орган для назначения арбитров, решения вопросов об их отводе, замене и т. п. Делегирование такого рода полномочий компетентному органу напоминает механизм институционного регулирования арбитража. Так, в соответствии со ст. 6 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, если стороны не пришли к соглашению о выборе единоличного арбитра, единоличный арбитр назначается компетентным органом. В случае, когда в арбитражном соглашении или впоследствии не был определен компетентный орган, регламент предусматривает, что любая сторона может просить Генерального секретаря Постоянного третейского суда в Гааге назначить компетентный орган. Этот вопрос был согласован Секретариатом ЮНСИТРАЛ с Генеральным секретарем Постоянного третейского суда.

Тенденция сближения арбитража *ad hoc* и институционного арбитража — очевидный факт. Однако, несмотря на сближение арбитражных процедур, а также некоторых статутных оснований деятельности арбитражей, нельзя не заметить, что это сближение не может привести к нивелированию двух разновидностей международного коммерческого арбитража. Более того, представляется, что арбитраж *ad hoc* имеет достаточно специфическую сферу применения и даже преимущества перед институционным арбитражем. Речь идет о том, что арбитраж *ad hoc* может иметь неограниченную специализацию и «более интернациональный» состав арбитров, что при рассмотрении некоторых споров, несомненно, важно и более предпочтительно для участвующих сторон.

Несмотря на широкое признание и распространение арбитража, в некоторых случаях, как уже отмечалось, целесообразнее при возникновении спора из международного контракта обращаться в государственный суд, а не в арбитраж. При этом необходимо исходить, главным образом, из особенностей законодательства страны, где решение предполагаемого арбитража должно исполняться принудительно. Если по законодательству данной страны решение может быть пересмотрено судом по вопросам права, то в случае сомнения в добровольном исполнении решения должником целесообразно обращаться в государственный суд, так как это сократит время рассмотрения спора. Кроме того, хотя решение арбитража носит окончательный характер, однако законодательство отдельных стран может содержать ряд особенностей на этот счет.

2. МЕЖДУНАРОДНО-ДОГОВОРНАЯ УНИФИКАЦИЯ КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

По мере распространения международного коммерческого арбитража возрастала необходимость его правовой регламентации. В первую очередь это выразилось в заключении двусторонних договоров и соглашений, содержащих положения об арбитраже. Особо же следует отметить коллективные усилия государств в плане международно-договорной унификации вопросов арбитража в многосторонних соглашениях на региональном или универсальном уровне.

Двусторонние договоры и соглашения позволяли преодолеть различия в практике исполнения решений иностранного арбитража в разных странах с учетом того, что внутреннее законодательство по-разному определяло условия признания и принудительного исполнения его решений. Заключение двусторонних международных договоров и соглашений обеспечивало паритетные условия реализации иностранных арбитражных решений и способствовало повышению эффективности арбитража.

В международно-правовой практике впервые нормы о признании и приведении в исполнение арбитражных решений были включены в Конвенцию о компетенции судов и о приведении в исполнение решений по гражданским делам, заключенную между Францией и Швейцарией 15 июня 1869 г. В последующем было заключено немало двусторонних договоров и соглашений, предусматривающих признание и приведение в исполнение арбитражных решений. В этих соглашениях, как правило, определялся порядок признания и приведения в исполнение решений арбитража в одном из договаривающихся государств, когда арбитражное решение вынесено на террито-

рии другого договаривающегося государства. Если арбитражное решение было вынесено на территории третьего государства, даже при том, что сторонами в нем являлись лица, подчиненные юрисдикции государств, заключивших соглашение, решение не подлежало исполнению на территории договаривающихся государств. Однако если решение вынесено на территории одного из договаривающихся государств, оно должно исполняться в другом независимо от национальной принадлежности сторон. Довольно редко предусматривался упрощенный порядок признания и исполнения иностранных арбитражных решений, при котором они приравнивались к внутренним судебным решениям того или иного государства.

Наряду с развитием международно-договорного регулирования арбитража между отдельными странами в конце XIX — начале XX столетия стали предприниматься усилия, направленные на унификацию правового регулирования арбитража на многосторонней основе. Вначале такие документы приняли страны американского континента. Нормы о признании и исполнении иностранных арбитражных решений были предусмотрены в Договоре о международном процессуальном праве 1889 г., Договоре о приведении в исполнение иностранных актов, подписанных или ратифицированных незначительным количеством государств (Аргентиной, Боливией, Колумбией, Парагваем, Перу, Венесуэлой, Эквадором).

В 1925 г. в Гаване на VI Конференции американских государств был принят Кодекс международного частного права («Кодекс Бустаманте» — по имени кубинского юриста Антонио Бустаманте), который предусматривал условия исполнения иностранных арбитражных решений. По сравнению с указанными выше договорами, Кодекс применялся во многих странах (Бразилии, Кубе, Коста-Рике, Гаити, Никарагуа, Панаме и др.).

Наиболее масштабной попыткой международно-договорной унификации вопросов арбитража стали Женевские соглашения, о которых уже говорилось (Протокол об арбитражных оговорках 24 сентября 1923 г. и Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 26 сентября 1927 г.). В соответствии со ст. 1 Протокола договаривающиеся государства признавали действительность соглашений об арбитраже, когда такие соглашения заключались между сторонами, подчиняющимися юрисдикции различных государств, участвующих в Протоколе. Что же касается исполнения арбитражных решений, то Протокол предусматривал обя-

зательство того или иного государства обращать их к исполнению, если арбитражное решение вынесено на территории данного государства. Иначе говоря, по Протоколу исполнялись внутренние, а не иностранные арбитражные решения.

Конвенция 1927 г. имела факультативный характер по отношению к Протоколу. Участником Конвенции могло быть только государство-участник Протокола. Она, в отличие от Протокола, предусматривала условия исполнения иностранных арбитражных решений. Так, иностранное арбитражное решение подлежало исполнению, если оно вынесено на основании арбитражного соглашения в соответствии с Протоколом, если стороны подчинялись юрисдикции одного из государств-участников этой Конвенции, а также если арбитражное решение вынесено на территории одного из государств-участников Конвенции. Кроме того, Конвенцией закреплены требования, которым должно отвечать иностранное арбитражное решение, а также возможность оспаривания иностранного арбитражного решения в государственном суде (например, по основаниям недействительности по подлежащему применению закону арбитражного соглашения; недопустимости арбитража для рассматривания данного спора по закону данной страны, где оно должно исполняться и др.). Конвенция давала право на оспаривание решения и по иным основаниям, не указанным в ней, если заинтересованная сторона докажет иные обстоятельства, подвергающие сомнению юридическую силу иностранного арбитражного решения.

Поскольку Конвенция 1927 г. предусматривала усложненный механизм исполнения иностранных арбитражных решений и не имела исчерпывающего перечня оснований их оспоримости, ее применение вызывало трудности. Вместе с тем ее опыт имел несомненное значение для последующей унификации правового регулирования вопросов арбитража и, в частности, для принятия Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

Конвенция 1958 г. содержит нормы о признании арбитражного соглашения и об исполнении иностранных арбитражных решений. Сфера ее распространения закреплена в ст. 1, в которой предусмотрено, что Конвенция применяется в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в

которых могут быть как физические, так и юридические лица. Она применяется также к арбитражным решениям, которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение.

Как видим, в отличие от Женевских соглашений, сфера применения Конвенции не ограничивается спорами между лицами, подчиняющимися юрисдикции государств-участников. Однако в ней все же предусмотрено, что при подписании, ратификации или присоединении к Конвенции любое государство может на основе взаимности заявить, что оно будет применять Конвенцию в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных только на территории другого договаривающегося государства. Кроме того, оно может также заявить, что будет применять ее в отношении споров, возникающих по договорным или иным правоотношениям, которые считаются торговыми по национальному закону государства, делающего такое заявление (п. 3 ст. 1). К примеру, Беларусь, Украина и Российская Федерация,[1] участвуя в данной Конвенции, сделали следующие оговорки относительно ее применения: государство применяет Конвенцию в отношении признания и приведения в исполнение решений, вынесенных на территории другого договаривающегося государства. В отношении решений, вынесенных на территории недоговаривающихся государств, государство применяет Конвенцию только в той мере, в какой данные государства признают режим взаимности.

США внесли уточнение, что их государство применяет Конвенцию исключительно в отношении разногласий, касающихся юридических взаимоотношений договорного или иного характера, которые рассматриваются в соответствии с национальным законодательством в качестве торговых.

Правительство Норвегии заявило, что Норвегия не применяет Конвенцию в отношении разногласий при разбирательствах, касающихся недвижимой собственности, которая находится в государстве, либо права в отношении какой-либо собственности или на такую собственность. Из участвующих в Конвенции государств около двух третей сделали соответствующие замечания и оговорки, основанные на ст. 1 Конвенции[2].

---

[1] Беларусь, Украина, Российская Федерация подписали Конвенцию, соответственно, 29 декабря 1958 г., 10 октября 1960 г. и 24 августа 1960 г.

[2] См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М., 1993. – С. 497–499.

В основе арбитражного рассмотрения споров лежит арбитражное соглашение. В Конвенции 1958 г. содержится ряд норм, регулирующих такие принципиальные аспекты признания арбитражного соглашения, как вопрос о наличии или действительности арбитражного соглашения, о пределах вмешательства государственного суда.

Согласно ст. II Конвенции государства-участники признают письменное соглашение о передаче в арбитраж возникших или могущих возникнуть споров. Суд того или иного государства, когда к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, должен по просьбе одной из сторон направить стороны в арбитраж, если не найдет соглашение недействительным, утратившим силу или если оно не может быть исполнено.

Что касается признания и исполнения иностранных арбитражных решений, то им посвящены статьи III, IV, V, VI Конвенции. В ст. III предусмотрено, что признание и приведение в исполнение арбитражного решения осуществляется в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение. При этом важно обратить внимание на то, что в Конвенции содержатся гарантии исполнения решений. В ней указано, что к признанию и приведению в исполнение арбитражных решений не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины и сборы, чем те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних арбитражных решений, а также предусмотрен перечень документов, которые предоставляет кредитор при заявлении ходатайства о признании и исполнении решения (статьи III, IV).

Говоря о сфере применения Конвенции 1958 г., следует отметить, что она не затрагивает действительности международных двусторонних и многосторонних соглашений по вопросам признания и принудительного исполнения решений арбитража, заключенных участниками Конвенции. Это позволяет кредитору требовать исполнения решения не только на основании Конвенции, но и иных договоров и соглашений, а также законодательства государства, где испрашивается исполнение решения. Вместе с тем уточним, что по Конвенции Женевские соглашения 1923 и 1927 годов между государствами-участниками утрачивают силу после того, как для них становится обязательной данная Конвенция (ст. VII).

Повышению эффективности правового регулирования арбитража способствовала и способствует Европейская конвенция о внешнетор-

говом арбитраже 1961 г.[1], которая является примером региональной унификации институтов арбитражного производства. В ее преамбуле указывается, что она призвана содействовать развитию европейской торговли путем устранения, по мере возможности, некоторых сложностей в функционировании внешнеторгового арбитража в отношениях между физическими и юридическими лицами различных европейских стран. Согласно п. 1 ст. I она применяется: а) к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц, которые на момент заключения такого соглашения имеют постоянное местожительство или соответственно свое местонахождение в различных договаривающихся государствах, — о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле; б) к арбитражным процессам и решениям, основанным на данных соглашениях.

Таким образом, сфера применения данной Конвенции ограничивается соответствующими условиями: 1) стороны должны иметь домицилий в различных государствах-участниках Конвенции; 2) Конвенция применяется к спорам, которые возникают при осуществлении внешнеторговых операций; 3) гражданство физических лиц или «национальность» юридических лиц не имеет значения для применения Конвенции. Главное — чтобы физические или юридические лица имели постоянное местожительство или местонахождение в государствах-участниках Европейской конвенции. В соответствии с законодательством различных государств «национальность» юридических лиц определяется по-разному и может не совпадать с их постоянным местона- хождением.

Как следует из Конвенции, в качестве арбитражных соглашений рассматриваются арбитражные оговорки, содержащиеся в письменной сделке, или отдельные арбитражные соглашения, подписанные сторонами, или содержащиеся в обмене письмами, телеграммами или сообщениях по телетайпу, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, — всякие соглашения, заключенные в форме, разрешенной этими законами.

Особенностью Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже является урегулированность отдельных вопросов производства дел в арбитраже. В ст. III закреплено право иностранных граждан

[1] Беларусь ратифицировала Европейскую конвенцию 14 октября 1963 г., Украина – 18 марта 1963 г., Российская Федерация – 27 июня 1962 г.

быть арбитрами. Особый интерес представляет ст. IV, регламентирующая применяемый порядок формирования арбитражного состава и определения места и правил арбитража *ad hoc*. В соответствии с этой статьей стороны по своему усмотрению могут передать споры на разрешение постоянного арбитражного органа или арбитража. В первом случае рассмотрение споров будет производиться в соответствии с регламентом соответствующего арбитража, а во втором — стороны могут назначать арбитров или устанавливать, в случае возникновения какого-либо спора, методы их назначения, местонахождение арбитражного суда и правила процедуры.

Если стороны не договорились по этим вопросам или одна из сторон уклоняется от участия в арбитраже, функции по содействию в достижении договоренности эта Конвенция возлагает на председателей компетентных торговых палат и на специальный комитет, состав и компетенция которого определяются в приложении к ней.

Положения Европейской конвенции о создании арбитражей применяются также и в случаях, когда стороны предусмотрели передачу спора на разрешение институционного арбитража, но не назначили его либо не достигли соглашения по этому вопросу. Указанный порядок применяется и тогда, когда в арбитражном соглашении не указано, каким арбитражем должен быть разрешен спор — институционным или арбитражем *ad hoc*.

Конвенция предусматривает основания отвода арбитражного суда по неподсудности (ст. V), основания отвода государственного суда по неподсудности (ст. VI), правила применимого права при разрешении спора по существу (ст. VII), составление мотивированного решения (ст. VIII), основания объявления арбитражного решения недействительным (ст. IX). Наконец, в заключительных положениях (ст. X) Конвенция, в частности, предусматривает, что она не затрагивает действительности многосторонних и двусторонних соглашений в отношении арбитража, заключенных договаривающимися государствами[1].

В связи с функционированием Содружества Независимых Государств, весьма актуальной стала проблема международной подсудности споров между субъектами внешнеэкономической деятельности

[1] В связи с этим необходимо иметь в виду, что согласно п. 2 ст. IX в отношениях между государствами-участниками данной Конвенции, которые одновременно являются участниками Нью-Йоркской конвенции 10 июня 1958 г., п. 1 ст. IX ограничивает применение ст. V,I «е» Нью-Йоркской конвенции случаями, предусмотренными в п. 1 ст. X.

Стран СНГ[1]. В рамках правового обеспечения внешнеэкономических связей стран СНГ исключительное значение имеет механизм разрешения правовых споров, которые, как свидетельствует практика, возникают достаточно часто. При этом наиболее принципиальными вопросами являются вопросы о компетенции судов, иных органов, разрешающих эти споры, и о признании и исполнении соответствующих иностранных решений. Эти проблемы представляют практический интерес с точки зрения правильного применения действующего законодательства. Наряду с этим они весьма интересны и в том отношении, что отражают тенденции правового регулирования в таком специфическом регионе, который развивался в течение долгого времени в рамках одной государственной системы и для которого свойственна известная правовая традиция в развитии международной юстиции. Формирование правового «поля СНГ» началось с установления «закрытого» национального законодательства, в том числе в сфере правовой помощи и судебной защиты. Первой попыткой международно-правового регулирования в этой области стало Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, подписанное правительствами государств-участников СНГ 20 марта 1992 г. в Киеве.

В Соглашении указано, что хозяйствующие субъекты каждого из государств СНГ пользуются правовой и судебной защитой своих имущественных и законных интересов, равной с хозяйствующими субъектами данного государства, правом беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные, хозяйственные суды, третейские суды и другие органы, к компетенции которых относится разрешение хозяйственных споров (ст. 3). Предусмотрено также взаимное признание и исполнение вступивших в законную силу решений компетентных судов (ст. 7).

Соглашение не определяет, в какой степени его постановления могут затрагивать международные соглашения по этим проблемам, заключенные договаривающимися государствами, в том числе и по вопросам признания арбитражных соглашений, признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Поэтому представляется, что кредиторы тех государств — стран СНГ, которые являются участниками иных международных соглашений об арбитраже, имеют право выбора, на основании какого соглашения испрашивать признание решения арбитража.

[1] См.: Комаров В. О международной подсудности споров между субъектами внешнеэкономической деятельности // Бизнес-информ. – № 4 . – 1994. – С. 6–7.

Оценивая позитивно Соглашение 1992 г., тем не менее, следует отметить, что существует необходимость специального международно-договорного регулирования вопросов признания арбитражных соглашений, признания и исполнения арбитражных решений на основе многостороннего международного договора либо двусторонних договоров с использованием известного мирового и регионального опыта[1].

Кроме названных выше конвенций и соглашений, заслуживает внимания и Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1975 г. Уже отмечалось, что, несмотря на региональное происхождение и ее наименование, присоединиться к данной Конвенции может любое государство. В ней содержатся положения о действительности соглашений об арбитраже (ст. 1), назначении арбитров сторонами или делегировании их назначения третьей стороне — физическому или юридическому лицу (ст. 2). В ст. 3 указывается, что при отсутствии прямо выраженного соглашения между сторонами арбитраж должен осуществляться в соответствии с правилами процедуры Межамериканской комиссии коммерческого арбитража, что, пожалуй, можно трактовать как возможность избирать любой вид арбитража (институционный или *ad hoc*).

Этой Конвенцией установлены нормы, касающиеся окончательности решения арбитража и порядка его исполнения и признания, который действует в отношении решений, вынесенных местными или иностранными общими судами в соответствии с процессуальным законодательством страны, где оно должно быть исполнено, и положениями международных договоров (ст. 4). Наконец, в ней определены основания отказа в признании арбитражных решений (статьи 5, 6). При этом, по существу, она содержит правила статей V и VI Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

[1] См.: Виноградова Е. А. Третейский суд в России. – М., 1993. – С. 270.

3. МЕЖДУНАРОДНЫЕ РЕГЛАМЕНТЫ, ТИПОВОЙ ЗАКОН О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ ЮНСИТРАЛ

Наряду с формированием международно-договорного регулирования коммерческого арбитража предпринимались усилия, направленные на унификацию арбитражной процедуры. В основу унификации были положены международные регламенты ЮНСИТРАЛ, ЕЭК, ЭКАДВ, а также Типовой закон о международном коммерческом арбитраже ЮНСИТРАЛ, разработанные под эгидой ООН, сыгравшие главную роль в этом процессе.

В Резолюции 31/98, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 15 декабря 1976 г., отмечается, что, признавая ценность арбитража как метода урегулирования споров, возникающих из международных торговых соглашений, и целесообразность разработки регламента для специального арбитража, который был бы приемлем для стран с различными правовыми, социальными и экономическими системами, с целью гармонизации международных экономических отношений Генеральная Ассамблея рекомендует использовать Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ при урегулировании таких споров, в частности, путем ссылок на Регламент в коммерческих контрактах.

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, в отличие от других международных регламентов, является документом, содержащим универсальные правила арбитражной процедуры, которые характеризуют ее как относительно завершенное процессуальное производство.

Согласно ст. 1 Регламента, определяющей сферу его применения, если стороны в договоре согласились в письменной форме, что споры,

относящиеся к этому договору, будут переданы на рассмотрение в арбитраже согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, такие споры подлежат разрешению в соответствии с настоящим Регламентом с теми изменениями, о которых стороны могут договориться в письменной форме. Арбитражный регламент регулирует арбитражное разбирательство, за исключением случаев, когда какое-либо из его правил противоречит норме применимого к арбитражу закона, от которой стороны не вправе отступать; тогда применяется эта норма закона. К этому следует добавить, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, как видно из его содержания и Резолюции 31/98, разработан для специального арбитража, т. е. арбитража *ad hoc*, и не затрагивает правила процедуры в институционных арбитражах.

Арбитражная процедура Регламента построена на институтах процессуального производства, и в этом смысле мы охарактеризовали его как относительно завершенное производство, основанное на достаточно регламентированной процессуальной форме. В Регламенте закреплены фундаментальные институты искового производства, которые обеспечивают разрешение спора о праве гражданском, и основаны на процессуальном равноправии сторон. Так, согласно ст. 15 Регламента арбитраж может вести арбитражное разбирательство так, как он считает необходимым, при условии равного отношения к сторонам и предоставления каждой из них на любой стадии процесса всех возможностей для изложения своей позиции. В данной статье, которая носит общий и принципиальный характер, закреплен наиболее значимый момент процессуальной формы, проявляющийся в других институтах арбитражного производства (уведомлениях, исчислении сроков, представительстве, отводах, иске, доказательствах и др.). Наиболее существенным является то, что в конечном счете процессуальное равноправие сторон в арбитражном производстве обеспечивает юридическую действительность арбитражного решения, его исполнимость. В соответствии со ст. 32.2 Регламента арбитражное решение излагается в письменной форме и является окончательным и обязательным для сторон. Вместе с тем, как известно, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по основаниям, предусмотренным национальным законодательством или международными договорами и соглашениями, по которым испрашивается признание и исполнение решения арбитража. К примеру, согласно ст. 34 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» оспаривание в суде арбитражного решения и его отмена возможны, если сторона, заявившая ходатайство об отмене, пред-

ставит доказательства того, что она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим уважительным причинам она не могла представить свои объяснения. Согласно ст. V Конвенции 1958 г. в признании и приведении в исполнение арбитражного решения также может быть отказано по просьбе стороны, против которой вынесено решение, если эта сторона должным образом не была уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения.

Наряду с тем, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ закрепляет правила процедуры, в основу которой положены классические элементы гражданской процессуальной формы искового производства, универсальность Регламента проявляется и в том, что он предусматривает механизм безусловного осуществления арбитражного соглашения. Речь идет о положениях Регламента, закрепляющих порядок назначения арбитров и позволяющих обеспечить порядок формирования состава арбитража, когда стороны не определили его при заключении арбитражного соглашения и не согласовали его впоследствии (статьи 6–8).

Механизм безусловного осуществления арбитражного соглашения предполагает также определение компетентного органа для назначения арбитров. Если стороны не пришли к соглашению о выборе арбитров, арбитры назначаются компетентным органом по согласованию сторон. Если выбор компетентного органа не согласован либо если компетентный орган отказывается действовать или не назначает арбитра, любая сторона может просить Генерального секретаря Постоянного третейского суда в Гааге назначить компетентный орган для выполнения предусмотренных этим Регламентом функций.

Установленный Регламентом механизм осуществления арбитражного соглашения позволяет использовать его при согласовании сторонами минимальных условий об арбитраже. Регламент предусматривает типовую арбитражную оговорку, которая содержит эти условия: «Любой спор, разногласие или требование, возникающие из данного договора или касающиеся его либо его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ»[1].

[1] В примечании к арбитражной оговорке предусмотрено: «Стороны могут пожелать добавить к этому: a) компетентный орган …(название учреждения или имя лица); b) число арбитров … (один или три); c) место арбитража … (город, страна); d) язык (языки) арбитражного разбирательства…».

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ определяет и другие функции «компетентного органа»: решение вопроса об отводе и замене арбитра (статьи 12, 13), консультативные функции при определении размера гонорара арбитражного суда (ст. 39) и авансов на покрытие издержек суда (ст. 41).

Регламент ЕЭК и Правила ЭКАДВ, как и Регламент ЮНСИТРАЛ, являются результатом унификации правил арбитражной процедуры. Однако если Регламент ЮНСИТРАЛ носит более универсальный характер, то Регламент ЕЭК и Правила ЭКАДВ разрабатывались, как видно из их наименования, для регионального применения. В Правилах ЭКАДВ прямо предусмотрена их применимость к арбитражному разбирательству, возникающему из международной торговли региона ЭКАДВ (ст. 1). Как и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, Регламент ЕЭК и Правила ЭКАДВ регулируют процедуру арбитража *ad hoc*.

Регламент ЕЭК устанавливает процедуру, которая учитывает и обеспечивает процессуальный режим реализации положений Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Кроме того, он содержит некоторые правила процедуры арбитража (назначение арбитров, отводы, возбуждение производства, порядок производства, издержки). В этом отношении достаточно сравнить приводимую выше ст. 15 Регламента ЮНСИТРАЛ и ст. 22 Регламента ЕЭК, которая предусматривает более широкие возможности арбитров определять порядок арбитражного производства. В соответствии с данной статьей, поскольку в Регламенте не содержится иных положений, арбитры будут вести арбитражное производство по своему усмотрению. В любом случае арбитры должны предоставить сторонам возможность защиты их прав и интересов при соблюдении принципов полного равноправия сторон.

Регламент ЕЭК также предусматривает механизм осуществления арбитражного соглашения, который способствует организации арбитража по конкретному спору, при условии, что стороны не достигли согласия относительно выбора арбитра либо арбитры не назначены. При этом истец может обратиться к компетентному органу, указанному в арбитражном соглашении, или, если такой орган не был указан, к компетентному органу места арбитража в тех случаях, когда это место было согласовано сторонами (ст. 4). Если в арбитражном соглашении не предусмотрено ни назначение компетентного органа, ни определение места арбитража, то истец может по своему выбору об-

ратиться либо к компетентному органу страны, в которой ответчик проживает или имеет свое местонахождение, либо к Специальному комитету, предусмотренному в ст. IV Европейской конвенции 1961 г. Если стороны проживают или имеют свое местонахождение в странах, в которых существует Национальный комитет Международной торговой палаты, истец сможет также обратиться в Арбитражный суд этой Палаты.

Особенностью Регламента ЕЭК является то, что в нем указаны функции и полномочия компетентного органа. Согласно ст. 4 компетентный орган при определенных условиях может назначать не только арбитров, но и арбитражное учреждение, т. е. институционный арбитраж, которому будет поручено решить спор в соответствии с его регламентом.

Правила ЭКАДВ содержат менее подробное описание арбитражной процедуры и более широкие полномочия арбитров в ее установлении. К примеру, Правилами не регламентируется институт иска, доказательств и др. Общая норма на этот счет содержится в п. 1 ст. VI и п. 4 ст. VIII Правил: арбитр (арбитры) должен (должны) с соблюдением настоящих Правил проводить арбитражное разбирательство в порядке, который он (они) сочтет (сочтут) надлежащим. В обстоятельствах, конкретно не предусмотренных Правилами, арбитр (арбитры) применяет (применяют) процедуру, в наибольшей мере отвечающую духу Правил ЭКАДВ. При этом необходимо отметить важное обстоятельство, что порядок разбирательства, установленный арбитром, может признаваться надлежащим, если стороны будут иметь право представить свои объяснения по делу и пользоваться абсолютно равным отношением к ним.

Особенностью Правил ЭКАДВ является то, что они предусматривают функции и полномочия Центра коммерческого арбитража ЭКАДВ. Этот центр был образован в составе Секретариата Комиссии ЭКАДВ и в разных формах должен содействовать развитию арбитража в регионе. В п. 4 ст. I Правил предусмотрено, что Центр коммерческого арбитража сам не будет рассматривать и разрешать споры. Вместе с тем в п. 4 ст. II Правил предусмотрено, что Центр ведет список арбитров и список органов для их назначения. Кроме того, Центр является инстанцией, в которую может быть подана жалоба на арбитра в случае отклонения ходатайства о его отводе.

Несмотря на более абстрактную регламентацию арбитражной процедуры, Правила все же достаточно полно закрепили механизм

осуществления арбитражного соглашения. Если сторонами не назначены единоличный арбитр, арбитражное учреждение либо не назначен третий арбитр, этот вопрос передается в Специальный комитет, который производит необходимое назначение или определение. Альтернативно Специальный комитет может по своему усмотрению избрать любое учреждение для осуществления необходимого назначения (п. 5 ст. II).

Специальный комитет ЭКАДВ образуется в составе семи лиц, избранных Исполнительным секретарем ЭКАДВ из числа всех представителей Экономической комиссии для Азии и Дальнего Востока. Специальный комитет создается по мере необходимости для каждого случая, и Исполнительный секретарь будет руководствоваться собственным усмотрением при выборе его членов, принимая во внимание все факторы, имеющие значение в данном конкретном случае (ст. V).

Наряду с отмеченными функциями Специальный комитет может определять обоснованность отвода арбитра, производить назначение арбитра в случае его отвода или смерти, определять орган для производства назначения (пункты 3, 4 ст. III) и место арбитража (п. 2 ст. IV).

Международный характер и значение названных регламентов и унификация арбитражных процедур означают создание, так сказать, модельных правил деятельности арбитража и внедрение их в арбитражную практику в силу их высокого авторитета, эффективности и целесообразности. В отличие от международных соглашений по арбитражу, которые применяются и вводятся в действие государствами-участниками соглашений и носят обязательный характер, унификация арбитражных процедур в соответствии с международными регламентами достигается благодаря их широкому использованию и применению.

Поскольку арбитражные регламенты не имеют обязательного характера, они применяются факультативно, т. е. только в тех случаях, когда имеется договоренность об их применении между сторонами международного контракта. Наряду с этим стороны могут изменять отдельные положения регламента, что прямо предусмотрено в некоторых из них (Регламент ЮНСИТРАЛ, Регламент ЕЭК). На этом основании очевидно, что регламенты имеют обязательное значение для сторон при том условии, если становятся частью международного контракта. Юридическая сила регламента, таким образом, носит договорной характер. Вместе с тем, в этой связи уместно еще раз привести ст. 1.2 Регламента ЮНСИТРАЛ, согласно которому он регулирует арбитражное разбирательство, за тем исключением, что в

случае, когда какое-либо из его правил противоречит норме применимого к арбитражу закона, от которого стороны не вправе отступать, применяется эта норма закона. Стало быть, если то или иное положение Регламента противоречит, к примеру, национальному законодательству об арбитраже, должно применяться национальное законодательство, ибо соглашение об арбитраже квалифицируется как одно из условий контракта.

Унификация правил арбитражной процедуры осуществлялась не только путем разработки соответствующих регламентов. В связи с острой необходимостью международной унификации арбитража, которая ощущалась в конце 50-х — начале 60-х годов прошлого столетия, высказывалась идея о выработке Единообразного закона об арбитраже, который можно было бы включить в национальное законодательство и тем самым добиться «сближения» законодательства об арбитраже. Первые проекты таких законов, насколько известно, готовились научными учреждениями. В последующем эти проблемы обсуждались и на официальном уровне. Так, Международный институт по унификации частного права подготовил проект Единообразного закона об арбитраже в связи с международными частноправовыми отношениями. Активность в этом вопросе проявляла Международная торговая палата и Французский комитет по вопросам арбитража, Американская арбитражная ассоциация и другие организации. Вопрос о принятии Единообразного закона об арбитраже в те годы активно обсуждался и в рамках Совета Европы с целью последующего его принятия в государствах-членах. Наконец, он был решен в Страсбурге на конференции государств-членов Совета Европы 20 января 1966 г. Однако в тот период идея разработки единого модельного закона об арбитраже оказалась неосуществимой, пожалуй, в силу своего глобального характера и того немаловажного факта, что эти годы связаны с эволюцией арбитража, становлением его институтов и существенными различиями в национальных законодательствах об арбитраже. Проблема единого закона об арбитраже возникла вновь в последующие годы. Комиссия ООН по праву международной торговли подготовила и приняла в 1985 г. Типовой закон о международном коммерческом арбитраже. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/172 от 11 декабря 1985 г. с учетом потребности международной торговли этот закон рекомендован всем государствам ввиду желательности единообразия арбитражного законодательства и конкретных потребностей практики международного коммерческо-

го арбитража. Типовой закон о международном коммерческом арбитраже с точки зрения его влияния на национальные законодательства является уникальным примером международного нормотворчества[1].

Типовой закон не имеет прямого действия в национальной системе законодательства того или иного государства. Речь идет о том, что национальные законы об арбитраже должны создаваться с учетом принципиальных положений Типового закона ЮНСИТРАЛ. Идея типового закона, отраженная в Резолюции, состоит в том, что страны мира должны основывать свои национальные арбитражные законы на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, что из него они должны узнать, каково единое мнение международных юристов по противоречивым вопросам, возникающим при разработке или реформировании их собственных арбитражных законов, и что таким образом будет установлена определенная степень единообразия арбитражного регулирования, используемого в различных странах мира[2].

Законодательство, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, уже принято более чем в пятидесяти странах, среди которых Австралия, Австрия, Беларусь, Венгрия, Германия, Испания, Канада, Польша, Россия, Украина и другие. Заметим, что пока среди них нет США и Китая, но это говорит лишь о том, что начатый процесс будет развиваться[3].

В примечании к Кодексу о коммерческом арбитраже Канады, принятому 17 июня 1986 г., указывается, что он основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Все дополнения и изменения Типового закона выделены курсивом. За этими исключениями, настоящий Кодекс полностью воспроизводит Типовой закон. В преамбуле Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» от 24 февраля 1994 г. также закреплено, что настоящий Закон учитывает положения о таком арбитраже, содержащиеся в международных договорах Украины, а также в Типовом законе, принятом в 1985 г. Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренном Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в своем законодательстве.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ отразил современное состояние и тенденции международного коммерческого арбитража. Наиболее

[1] Безбородов Ю. С. Международные модельные нормы. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 122–124.

[2] Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М., 1993. – С. 349.

[3] См.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

принципиальные его положения можно свести к тому, что Типовым законом определяется сфера его применения. Статья 1 гласит, что он применяется к международному коммерческому арбитражу при условии соблюдения любого соглашения, действующего между данным государством и любым другим государством или государствами. Положения этого закона применимы только в том случае, если место арбитража находится в данном государстве. Арбитраж является международным, если коммерческие предприятия сторон арбитражного соглашения в момент его заключения находятся в различных государствах или одно из указанных ниже мест находится за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия (место арбитража, место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств или с которым наиболее связан предмет спора) и стороны договорились о том, что предмет арбитражного соглашения связан более чем с одной страной.

Большое число норм Типового закона носит диспозитивный характер, что дает возможность сторонам по своему соглашению устанавливать иные правила процедуры (п. 1 ст. 19).

Весьма важно, что Типовой закон закрепляет понятие и форму арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение — это 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 ли оно договорной характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения. Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора (ст. 7, Вариант 1).

В законе содержится положение о компетенции арбитража вынести постановление о своей компетенции по любым возражениям

относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. Кроме того, закон признает автономность арбитражного соглашения и предусматривает, что арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение решения о недействительности договора не влечет за собой недействительность арбитражной оговорки (ст. 16).

Как и в международных арбитражных регламентах, в Типовом законе предусмотрен механизм реализации арбитражного соглашения (ст. 6; пункты 3 и 4 ст. 11; п. 3 ст. 13; ст. 14; п. 3 ст. 16, п. 2 ст. 34). Наконец, в нем указаны пределы вмешательства государства в лице суда в арбитражное разбирательство[1]. Прежде всего, суд гарантирует осуществление арбитражного соглашения. Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен направить стороны в арбитраж, если не найдет, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 1 ст. 8). Суд может также принять решение по вопросу об обоснованности решения арбитража о своей компетенции (п. 3 ст. 16). Решение арбитража при наличии предусмотренных оснований может быть отменено судом (п. 2 ст. 34). Наконец, компетентный суд признает и приводит в исполнение решения арбитража (ст. 35). При этом Типовой закон предусматривает, что по вопросам, регулируемым этим законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь место, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено (ст. 5). Представляется, что в законе найден оптимальный вариант вмешательства государственного суда в арбитражное производство. Как видно, оно не носит субстанциального характера и связано только с обеспечением функционирования институтов арбитража.

На 39-й сессии ЮНСИТРАЛ (Нью-Йорк, 19 июня — 7 июля 2006 г.) Типовой закон был изменен и дополнен. Изменения коснулись в основном модернизации норм о форме арбитражного соглашения (ст. 7), а дополнения имели принципиальный характер и касались обеспечительных мер и предварительных постановлений арбитража (Глава IVA).[2]

[1] Важно подчеркнуть, что наряду с определением пределов вмешательства государственного суда, Типовой закон также предусматривает, что выполнять отдельные функции содействия и контроля в отношении арбитража может не только суд, но и другие компетентные органы согласно национальному законодательству (ст. 6).

[2] См.: Комаров А. С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. – №2. – 2007. – С. 7–25.

4. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖА. ТЕОРИЯ КОМПЕТЕНЦИИ КОМПЕТЕНЦИИ

В основе арбитражного разрешения споров лежит арбитражное соглашение, т. е. соглашение о передаче спора на рассмотрение и разрешение арбитража. Арбитражное соглашение является условием признания компетенции арбитража, и поэтому наиболее актуальными в доктрине были и остаются проблемы правовой природы арбитражного соглашения и компетенции арбитража.

Несмотря на различные подходы к юридической квалификации арбитражного соглашения, представляется обоснованным мнение, что арбитражное соглашение является специфическим договором. Специфичность арбитражного соглашения состоит в том, что, являясь гражданско-правовой сделкой, оно имеет процессуальные последствия. А это означает, что для квалификации арбитражного соглашения как гражданско-правовой сделки применяется гражданское законодательство. Что же касается исключения государственного суда, т. е. изъятия того или иного дела из его ведения и допустимости арбитражного соглашения, эти вопросы решаются на основании гражданского процессуального законодательства. Данное положение имеет особое значение для международного коммерческого арбитража, ибо вопрос о применимом праве к арбитражному соглашению — это, по существу, вопрос о его функционировании.

Учитывая «смешанный» характер арбитражного соглашения и возможность применения при его квалификации норм материального и процессуального права, следует отметить, что при этом может применяться коллизионное право при условии, что речь идет о действительности арбитражного соглашения (праводееспособности

сторон, соблюдении требований формы, предмете и т. д.). Что же касается вопроса допустимости арбитражного соглашения и исключения юрисдикции государственного суда, он чаще всего решается на основании закона той страны, где происходит арбитражное разбирательство дела либо испрашивается исполнение арбитражного решения.

Таким образом, арбитражное соглашение — это соглашение о разрешении арбитражем определенного гражданско-правового спора, возникшего между сторонами, исключающее компетенцию государственного суда.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже и Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 16), как и законы других стран, предусматривают право стороны оспорить компетенцию арбитражного суда.

В соответствии с ч. 1 ст. V Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже отвод арбитражного суда по неподсудности может быть основан на отсутствии или недействительности арбитражного соглашения, или утраты им силы и должен быть заявлен не позднее представления соответствующей стороной своих возражений по существу дела.

Так, МКАС при ТПП Украины рассмотрел дело по иску украинского ОАО к германской компании о расторжении договора от 3 ноября 2000 г. и взыскании 415 215,83 евро.

Ответчик в отзыве на исковое заявление, датированном 24 февраля 2004 г., заявил об отсутствии правового основания для рассмотрения данного дела в МКАС при ТПП Украины, сообщив о подписании протокола № 1 от 7 апреля 2001 г., согласно которому все возникающие в ходе выполнения договора от 3 ноября 2000 г. и данного протокола разногласия стороны будут стараться урегулировать путем взаимных переговоров. Если возникшее разногласие не может быть урегулировано сторонами, то решение может быть принято в судебном порядке по месту нахождения ответчика на основании законодательства Украины или Германии. В последнем случае окончательные взаиморасчеты между сторонами будут осуществляться только после судебного решения, удовлетворяющего обе стороны. Поэтому, по мнению ответчика, если ответчиком выступает германская компания, то исковое заявление должно быть направлено в Земельный суд Германии. К отзыву был приложен протокол № 1 от 7 апреля 2001 г. к договору от 3 ноября 2000 г.

15 марта 2004 г. в Арбитражный суд от истца поступили возражения к отзыву на исковое заявление, в которых истец подтвердил компетенцию МКАС при ТПП Украины, сославшись на то, что в заседании Арбитражного суда 26 апреля 2004 г. представители истца подтвердили свои возражения относительно оспаривания ответчиком компетенции МКАС при ТПП Украины на рассмотрение данного дела, изложенные в письме от 15 марта 2004 г., и просили рассмотреть дело по существу.

Ответчик представил Арбитражному суду дополненное заявление об отсутствии компетенции от 24 апреля 2004 г., которое обосновал тем, что:

1) арбитражное соглашение, содержавшееся в п. 6.3 договора от 3 ноября 2000 г., утратило силу с 7 апреля 2001 г. — даты подписания протокола № 1 от 7 апреля 2001 г., поскольку в протоколе стороны изменили условие договора относительно порядка разрешения споров, т. е. отменили арбитражную оговорку;

2) 7 апреля 2001 г. стороны приняли на себя обязательство относительно передачи всех споров в национальные суды по месту нахождения ответчика, таким образом исключили из арбитражного соглашения, содержащегося ранее в договоре, существенное условие — передачу споров именно в арбитраж;

3) поскольку ответчик находится в Германии, в соответствии с положениями протокола данный спор должен рассматриваться земельным судом Германии;

4) протокол подписан в соответствии с п. 9.2 договора и является его неотъемлемой частью.

Учитывая изложенное, ответчик просил вынести постановление предварительного характера об отсутствии у МКАС при ТПП Украины компетенции по рассмотрению спора по иску ОАО к компании о расторжении договора от 3 ноября 2000 г. и взыскании задолженности, а арбитражное производство прекратить.

Арбитражный суд признал возражения ответчика относительно компетенции МКАС при ТПП Украины на рассмотрение данного спора обоснованными, учитывая следующие обстоятельства:

1) право стороны оспорить компетенцию третейского суда предусмотрено Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже (участницами которой является и Украина, и Германия) и Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 16);

2) в соответствии с ч. 1 ст. V Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже отвод арбитражного суда по неподсудности

может быть основан на отсутствии или недействительности арбитражного соглашения, или утраты им силы и должен быть заявлен не позднее представления соответствующей стороной своих возражений по существу дела.

Ответчик заявил об оспаривании компетенции МКАС при ТПП Украины на рассмотрение данного дела в своем первом отзыве на исковое заявление (от 24 февраля 2004 г.), поступившем в Арбитражный суд 2 марта 2004 г.

Таким образом, заявление об отводе Арбитражного суда сделано ответчиком своевременно.

Поскольку на момент рассмотрения дела соглашение сторон, предусматривающее разрешение возникающих по настоящему договору споров, отсутствует, руководствуясь п. «в» ст. 8.12 Регламента МКАС при ТПП Украины, Арбитражный суд постановил: производство по делу по иску украинского ОАО к германской компании о расторжении договора от 3 ноября 2000 г. и взыскании 415 215,83 евро прекратить[1].

В международном коммерческом обороте встречаются два вида арбитражных соглашений — арбитражная оговорка в договоре и отдельное арбитражное соглашение.

Соглашение об арбитраже, включенное в контракт и предусматривающее возможность рассмотрения споров, которые могут возникнуть из контракта, называется арбитражной оговоркой. Соглашение об арбитраже, предусматривающее возможность рассмотрения спора, заключенное в форме отдельного от внешнеторгового контракта соглашения, называется арбитражным соглашением. К примеру, ст. 1442 ГПК Франции определяет, что арбитражная оговорка есть соглашение, посредством которого стороны договора обязуются передавать на арбитраж споры, способные возникнуть относительно этого договора. В соответствии со ст. 1447 арбитражное соглашение есть соглашение, посредством которого стороны в возникшем споре передают его на арбитраж одного или нескольких лиц[2].

В законодательстве многих стран, как правило, не содержатся различия между двумя видами соглашений. И арбитражная оговорка, и арбитражное соглашение являются достаточными основаниями для арбитража. Однако в отдельных странах (Аргентине, Бразилии, Гон-

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 51–56.

[2] См.: http://www.lexinter.net/ENGLISH/code_of_civil_procedure.htm

дурасе, Панаме и др.) арбитражная оговорка рассматривается как условие контракта, в силу которого стороны обязуются заключить арбитражное соглашение в случае возникновения между ними спора. Тем самым признается ограниченное значение арбитражной оговорки. Это, в свою очередь, означает, что невыполнение этого условия приводит к признанию недействительности арбитражной оговорки и невозможности рассмотрения дела в арбитраже.

В большинстве стран, в том числе в Украине, Беларуси, России, странах Восточной Европы, Великобритании, Франции, ФРГ, Дании, Норвегии, США, Канаде и др., предусмотрен единый правовой режим арбитражной оговорки и арбитражного соглашения. В соответствии со ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное соглашение — это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с какими-либо конкретными правоотношениями, независимо от того, носят они договорной характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки или в виде отдельного соглашения.

Единообразный подход к арбитражной оговорке и арбитражному соглашению осуществлен в основных международных соглашениях по международному коммерческому арбитражу. Так, в соответствии с пп. «а» п. 2 ст. I Европейской Конвенции 1961 г. арбитражное соглашение обозначает арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное арбитражное соглашение о передаче споров на рассмотрение арбитража. В соответствии с п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г. арбитражное соглашение включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащуюся в обмене письмами или телеграммами.

Поскольку арбитражное соглашение имеет договорный характер, весьма актуальной является проблема соотношения внешнеторгового контракта и относящегося к нему арбитражного соглашения. В доктрине эта проблема получила наименование «проблема автономности арбитражного соглашения». Основной ее смысл состоит в выяснении того, влияет ли недействительность внешнеторгового контракта на арбитражное соглашение. Наряду с этим проблема автономности арбитражного соглашения возникает и в случае истечения срока внешнеторгового контракта, расторжения его одной или обеими сторонами, в результате исполнения или при невозможности его исполнения.

Проблема автономности арбитражного соглашения имеет общий характер независимо от того, идет ли речь об арбитражной оговорке как физической части внешнеторгового контракта или об арбитражном соглашении как отдельном от контракта соглашении. В результате достаточно долгого развития арбитражной практики, конвенционного регулирования международного коммерческого арбитража и внутреннего законодательства в доктрине является преобладающим то, что внешнеторговый контракт и относящееся к нему арбитражное соглашение являются самостоятельными договорами.

Согласно ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», как отмечалось, арбитражное соглашение может быть изложено в виде арбитражной оговорки в контракте или в виде отдельного соглашения. При этом в силу ст. 16 указанного Закона арбитражная оговорка, являющаяся частью контракта, трактуется как соглашение, не зависящее от других условий контракта.

Так, истец — украинское ООО 13 октября 1999 г. обратился в МКАС при ТПП Украины с исковым заявлением к турецкой фирме, в котором просил Арбитражный суд взыскать с ответчика 170 865,37 доллара США стоимости отгруженного, но не оплаченного товара.

Получив исковые материалы, ответчик заявил об отсутствии компетенции МКАС при ТПП Украины на рассмотрение данного спора.

В заседании Арбитражного суда 28 февраля 2000 г. истец предоставил свои комментарии по поводу заявления ответчика от 17 декабря 1999 г. об отсутствии компетенции МКАС при ТПП Украины на рассмотрение данного дела, в которых пояснил, что заявление ответчика об отсутствии компетенции МКАС при ТПП Украины безосновательно, поскольку:

– содержащаяся в разделе 10 контракта № 22 арбитражная оговорка предусматривает, что разногласия, возникшие между сторонами, должны быть урегулированы МКАС при ТПП Украины;

– ответчик голословно утверждает о недействительности контракта № 22, поскольку никаких доказательств о признании судебными органами указанного контракта недействительным предоставлено не было;

– контракт № 22 от имени ответчика был подписан представителем на основании доверенности № 43282, выданной президентом турецкой фирмы, которая предоставляла ему право заключать с лесными хозяйствами и другими учреждениями все виды договоров и контрактов.

Арбитражный суд в соответствии со ст. 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» решил, что МКАС при ТПП Украины обладает компетенцией для рассмотрения настоящего спора, указав, что мотивы постановления будут изложены в решении по делу.

В заседании Арбитражного суда 10 мая 2000 г. ответчик вторично подал составу арбитража заявление об отсутствии компетенции МКАС при ТПП Украины. Арбитражный суд отклонил вторично поданное заявление.

Учитывая, что сторонами представлено два текста контракта № 22 (истцом представлен контракт, подписанный со стороны ответчика представителем по доверенности, ответчиком — контракт, в котором указано, что он подписан президентом турецкой фирмы, однако имеющаяся на контракте подпись не является подписью указанного лица), Арбитражный суд, приступая к решению вопроса о наличии компетенции МКАС при ТПП Украины на рассмотрение спора и разрешению дела по существу, установил, на основании какого из контрактов осуществлялась поставка товара, т. е. какой из контрактов исполнялся сторонами и участвовал во внешнеэкономической сделке.

Предметом как контракта № 22, подписанного со стороны ответчика представителем, действующим на основании доверенности № 43282 от 17 августа 1998 г., так и контракта № 22, который подписан со стороны ответчика неизвестным лицом, является поставка украинским ООО турецкой фирме товара на условиях ФОБ, порт Белгород-Днестровский на общую сумму 750 000 долларов США. В соответствии с условиями данных контрактов ответчик обязался зафрахтовать судно, принять поставленный ему товар и оплатить его стоимость в американских долларах в форме банковского перевода на валютный счет истца.

Проанализировав предоставленные сторонами документы, Арбитражный суд пришел к выводу, что поставка товара осуществлялась на условиях, изложенных в контракте № 22, который был предъявлен истцом Белгород-Днестровской таможне, т. к. именно этот контракт был использован при оформлении таможенных документов и осуществлении поставки товара, задолженность по оплате которого является предметом арбитражного рассмотрения.

В преамбуле к указанному контракту отмечено, что он подписан президентом турецкой фирмы. В то же время из заключения специалистов Киевского научно-исследовательского института судебных

экспертиз Министерства юстиции Украины от 6 марта 2000 г. по исследованию подписи от имени президента турецкой фирмы, имеющейся на контракте, следует, что подпись от имени президента фирмы на контракте № 22 выполнена не президентом турецкой фирмы, а иным лицом.

Принимая во внимание, что:

1. Согласно ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное соглашение может быть изложено в виде арбитражной оговорки в контракте или в виде отдельного соглашения. При этом в силу ст. 16 указанного Закона арбитражная оговорка, являющаяся частью контракта, трактуется как соглашение, не зависящее от других условий контракта.

Раздел 10 контракта № 22 содержит арбитражную оговорку, согласно которой, «если стороны не достигнут согласия по спорам и разногласиям в течение 30 дней с момента проведения первых переговоров, то данные разногласия должны быть урегулированы Высшим арбитражным судом при ТПП Украины в г. Киеве, решение которого является окончательным и обязательным для обеих сторон, но может быть заменено мировым соглашением между сторонами».

В соответствии со ст. 2 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» правильное наименование арбитражного суда при ТПП Украины — Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины.

Неточности, допущенные в формулировке арбитражной оговорки контракта, не препятствуют признанию ее предусматривающей компетенцию МКАС при ТПП Украины, поскольку они не вызывают сомнений у сторон.

2. Ответчик отрицает факт подписания президентом турецкой фирмы контракта № 22 и, соответственно, содержащейся в нем арбитражной оговорки, предусматривающей компетенцию МКАС при ТПП Украины на рассмотрение споров, вытекающих из этого контракта. Данное утверждение ответчика подтверждается заключением специалистов Киевского научно-исследовательского института судебных экспертиз Министерства юстиции Украины от 6 марта 2000 г.

Согласно ст. 63 ГК УССР сделка, совершенная от имени другого лица лицом, не уполномоченным на ее заключение или с превышением полномочий, создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности для лица, которое представляют, только в случае дальнейшего одобрения сделки этим лицом. При этом последующее

одобрение сделки уполномоченным лицом делает действительной последнюю с момента ее заключения.

Из материалов дела усматривается, что президент турецкой фирмы одобрил контракт № 22, что следует из писем и других документов, имеющихся в деле.

При таких обстоятельствах утверждение ответчика о недействительности контракта № 22 и содержащейся в нем арбитражной оговорки в связи с подписанием контракта неизвестным лицом является безосновательным, поскольку указанный контракт одобрен президентом турецкой фирмы и частично исполнен сторонами.

Руководствуясь условиями контракта № 22 от 1 декабря 1998 г., статьями 63, 161, 224 ГК УССР, статьями 2, 7, 16, 31 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», статьями 1.8, 8.1, 8.4–8.9 Регламента МКАС при ТПП Украины, арбитражный суд решил: обязать турецкую фирму немедленно после получения данного решения уплатить украинскому ООО 170 865,37 доллара США стоимости отгруженного, но не оплаченного товара[1].

В подтверждение самостоятельности арбитражного соглашения можно привести следующие аргументы. Прежде всего, национальное законодательство об арбитраже, международные конвенции специально предусматривают различные формы и в некоторых случаях, как отмечалось, виды арбитражных соглашений. Этот, на первый взгляд, формальный момент свидетельствует о самостоятельном правовом режиме арбитражного соглашения. Причем то обстоятельство, что арбитражное соглашение может быть оформлено не только в виде отдельного документа, но и в виде так называемой арбитражной оговорки в коммерческом контракте, не влияет на правовой режим такого арбитражного соглашения, поскольку речь идет о формально-документальном оформлении соглашения. С. Н. Лебедев обоснованно уточняет, что, заключая сделку, содержащую арбитражную оговорку, стороны в действительности заключают не один, а два договора. При этом в виде оговорки арбитражное соглашение остается особым и самостоятельным договором, а не одним из условий контракта. Равным образом нет оснований, утверждает ученый, считать, что в совокупности они образуют своего рода смешанный договор: подобный взгляд опять-таки предполагал бы их юридическое равенство, что противоречило бы объективной разнонаправленной и раз-

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 59–69.

личной предметно-функциональной сущности внешнеторгового контракта и арбитражного соглашения[1].

В ряде законодательств вопрос об автономности арбитражного соглашения разрешается специально. Так, к примеру, в соответствии со ст. 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» арбитражный суд может сам принять постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. 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, в силу закона, недействительность арбитражной оговорки.

Примечательно, что в Регламенте ЮНСИТРАЛ и других документах, отражающих унификацию статутных и процедурных правил арбитража, также заложена идея самостоятельности арбитражного соглашения. Так, в ст. 21.2 Регламента ЮНСИТРАЛ предусмотрено, что арбитражный суд компетентен устанавливать наличие или действительность договора, частью которого является арбитражная оговорка. Для целей ст. 21 арбитражная оговорка, являющаяся частью договора и предусматривающая арбитражное разбирательство в соответствии с настоящим Регламентом, должна рассматриваться как соглашение, не зависящее от других условий этого договора. Признание арбитражным судом ничтожности договора не влечет за собой автоматически недействительности арбитражной оговорки.

Проблема автономности арбитражного соглашения положительно решается в регламентах отдельных арбитражей и арбитражных центров. Так, в Арбитражном регламенте Международного арбитражного суда Международной торговой палаты предусматривается, что если одна из сторон выдвигает одну или несколько претензий относительно существования или действительности арбитражного соглашения и если Международный арбитражный суд воочию утверждается в существовании такого соглашения, суд может, не предрешая вопроса о допустимости или обоснованности претензии (претензий), принять дело к арбитражному производству. В таком случае любое решение например, или вообще любое о компетентности арбитра, принимается самим арбитром (ст. 8.3). Если не предусмотрено иное,

[1] Лебедев С. Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. – М., 1988. – С. 85–86.

арбитр не прекращает производство по делу в связи с утверждениями о том, что контракт является недействительным или несуществующим при условии, что он считает действительным арбитражное соглашение. Он продолжает производство по делу, если даже контракт является несуществующим или недействительным, с тем, чтобы определить соответствующие права сторон и вынести решение по их искам и претензиям (ст. 8.4).

Как видно, Арбитражный регламент Международного арбитражного суда, в отличие от Регламента ЮНСИТРАЛ, признавая автономность арбитражного соглашения как фундаментальный принцип, вкладывает в него более широкое содержание, ибо предусматривает компетентность арбитража не только в отношении недействительности, но и несуществования контракта. Надо полагать, что тем самым Регламент исходит из того, что признание арбитражем договора незаключенным исключает его компетенцию. Вместе с тем автономность арбитражного соглашения, наоборот, предполагает, что незаключение контракта само по себе не влечет незаключение арбитражной оговорки.

В целях избежания различных подходов и в связи с отсутствием специальной регламентации в той или иной стране автономность арбитражного соглашения обеспечивается и формулировками арбитражных оговорок. Международные организации, арбитражи и арбитражные центры пошли по пути разработки типовых арбитражных оговорок, предусматривающих право арбитража решать вопросы о действительности арбитражного соглашения (оговорки) и действительности основного контракта. К примеру, типовая арбитражная оговорка, рекомендованная ЮНСИТРАЛ при принятии Регламента 1976 г., предусматривает разрешение любого спора, разногласия или требования, возникающих из данного договора или касающихся его либо его нарушения, прекращения или, что важно подчеркнуть, недействительности.

Наконец, следует отметить, что в пользу автономности арбитражного соглашения свидетельствует и особый режим коллизионного регулирования, который не всегда подчиняется правопорядку, применимому к внешнеторговому контракту. Нью-Йоркская конвенция 1958 г. предусматривает, что в признании и исполнении иностранного арбитражного решения может быть отказано, если стороны арбитражного соглашения были по применимому к ним закону недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому

стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено (пп.. «а» п. 1 ст. V). Европейская конвенция 1961 г. предусматривает случаи признания недействительности арбитражного соглашения при отводе государственного суда по неподсудности (п. 2 ст. VI).

Специальные коллизионные нормы устанавливает и Типовой закон ЮНСИТРАЛ (пп.«а» (i) п. 2 ст. 34, пп. «а» (i) п. 1 ст. 36), который по своему содержанию соответствует положениям указанных конвенций. Такие нормы содержатся и во внутреннем законодательстве (например, ч. 2 ст. 34, ч. 2 ст. 36 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»; ч. 2 ст. 34, ч. 2 ст. 36 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»).

Применимое к арбитражному соглашению право предусматривает предъявляемые к нему требования, влияющие на его действительность. Так, арбитражное соглашение должно быть заключено праводееспособными лицами в отношении споров, вытекающих из правоотношений сторон, а также подлежащих рассмотрению в арбитраже. Арбитражное соглашение также должно соответствовать требованиям к форме.

Вопрос о праводееспособности сторон арбитражного соглашения обычно решается по закону гражданства либо по закону домицилия.

Согласно ч. 2 ст. 17, ст. 25, ст. 26 Закона Украины «О международном частном праве» иностранные граждане пользуются в Украине гражданской правоспособностью наравне с гражданами Украины. Гражданская правоспособность иностранного гражданина определяется по закону страны, гражданином которой он является. Что касается гражданской правоспособности иностранных предприятий и организаций, то при заключении сделок по внешней торговле и связанных с ней расчетами страховые и иные операции определяются по закону страны, где создано предприятие или организация.

Арбитражное соглашение признается действительным при условии, что спор, возникающий из международного контракта, может быть предметом арбитражного разбирательства согласно законам страны арбитражного соглашения (ст. VI Европейской конвенции 1961 г., п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.).

Как правило, во внутреннем законодательстве предусматривается круг споров, которые подлежат рассмотрению международным коммерческим арбитражем. Кроме того, для большинства стран является

характерным для определения действительности арбитражного соглашения применение категории публичного порядка. Иначе говоря, если спор затрагивает публичный порядок соответствующей страны, он исключается из компетенции арбитража. Примером этому могут послужить трудовые споры, споры, связанные с антимонопольным правом.

В соответствии с ч. 2 ст. 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» в международный коммерческий арбитраж 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 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. Данный закон также предусматривает возможность отмены арбитражного решения и отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, если суд найдет, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Украины (ч. 2 ст. 34) или признание и приведение в исполнение этого решения противоречит публичному порядку Украины (ч.1 ст. 36).

ГПК Франции в более общей форме определяет арбитрабильность дел международному коммерческому арбитражу. В соответствии со ст. 1492 арбитраж считается международным, если он затрагивает интересы международной торговли.

В контексте рассматриваемого вопроса весьма интересным является толкование допустимости коммерческих споров в качестве предмета арбитражного разбирательства, данное в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. В примечании к ст. 1 Типового закона предусмотрено, что термин «торговый» следует толковать широко, с тем, чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и внедоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг или обмене товарами или услугами; соглашения о распределении; торговое представительство; факторинговые операции; лизинг; инженеринг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; купля-продажа лицен-

зий; 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, морем, по железным и автомобильным дорогам.

Условием квалификации действительности арбитражного соглашения является и соблюдение требования формы. Этот вопрос регулируется внутренним законодательством и международными соглашениями по арбитражу. Для законодательства большинства стран характерно требование о необходимости письменной формы арбитражного соглашения. Так, в соответствии с федеральным Законом США «Об арбитраже» (§ 2), Арбитражным Актом Великобритании (разд. 32), Законами Украины и Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 7), Законом Канады «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 7), ГПК Франции (ст. 1443) арбитражное соглашение должно заключаться в письменной форме. Вместе с тем, например, в Швеции требование о необходимости письменной формы не является обязательным. В Великобритании, несмотря на требование Закона «Об арбитраже», устное арбитражное соглашение признается действительным при условии, что к нему применяются положения «общего права», а не закон об арбитраже.

Хотя законодательство различных стран и предусматривает письменную форму арбитражного соглашения как общее требование, в нем имеется немало различий, связанных с документальным оформлением. Достаточно сравнить статьи 1443, 1449 ГПК Франции и ч. 2 ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже».

В соответствии со ст. 1443 ГПК Франции арбитражная оговорка под страхом недействительности должна быть зафиксирована в письменной форме в основном соглашении или в ином документе, на который в этом соглашении имеется ссылка. Статья 1449 предусматривает, что третейская запись должна быть выражена в письменной форме. Она может содержаться в протоколе, подписанном арбитром и сторонами. В отличие от этого, ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» содержит иное правило, которое значительно шире толкует понятие «письменная форма арбитражного соглашения», и уточняет, что соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электро-

связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, или путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна сторона подтверждает наличие соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в соглашении на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что соглашение заключено в письменной форме и эта ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью соглашения.

Так, МКАС при ТПП Украины в решении от 18 апреля 2005 г. по делу № 87 отметил, что часть 2 ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» предусматривает, что арбитражное соглашение считается заключённым, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, или путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

Заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано согласно ст. 16 указанного выше Закона не позднее представления возражений против иска.

Аналогичные положения содержатся и в Регламенте МКАС при ТПП Украины (статьи 1.3 и 1.7 соответственно).

Таким образом, несмотря на наличие в материалах дела представленной ответчиком в заседании Арбитражного суда 22 сентября 2004 г. (третьего по счету заседания по делу) копии решения районного суда г. Запорожья от 13 октября 2003 г. (по гражданскому делу по иску физического лица к украинскому предприятию и российскому инвестору) о признании недействительным договора № 1123 от 2 июля 1999 г. о совместной деятельности на территории Украины без создания юридического лица и содержащейся в ст. 10 указанного договора арбитражной оговорки, можно утверждать о наличии арбитражного соглашения между сторонами, заключенного путем обмена исковым заявлением и отзывом на него.

Исковое заявление было получено ответчиком согласно уведомлению о вручении 15 августа 2003 г., а 24 октября 2003 г. в Арбитражный суд поступил отзыв ответчика, в котором он изложил свои возражения на иск и просил в иске отказать, ни словом не обмолвившись о принятом районным судом г. Запорожья 13 октября 2003 г. решении и не заявив об отсутствии у МКАС при ТПП Украины компетенции рассматривать настоящее дело. Каких-либо заявлений относительно отсутствия у Арбитражного суда компетенции рассматривать данное

дело от ответчика ни в первом (14 ноября 2003 г.), ни во втором (22 января 2004 г.) заседаниях Арбитражного суда от ответчика не поступало, что делает безосновательным утверждение ответчика (в дополнении от 30 ноября 2004 г. к отзыву на иск) о том, что он не мог ранее заявить об отсутствии компетенции у МКАС при ТПП Украины, поскольку решение районного суда г. Запорожья от 13 октября 2003 г. вступило в силу только 14 ноября 2003 г. (на затребованной Арбитражным судом у районного суда г. Запорожья копии решения по гражданскому делу от 13 октября 2003 г. указано, что решение вступило в законную силу 28 октября 2003 г.).

Таким образом, МКАС при ТПП Украины, руководствуясь статьями 7 и 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» и соответствующими им статьями 1.3, 1.7 и 1.8 Регламента МКАС при ТПП Украины, признал себя компетентным рассматривать настоящее дело на основании арбитражного соглашения, заключенного сторонами путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск[1].

Как отмечалось, требования о заключении арбитражного соглашения в письменной форме содержатся в основных международных конвенциях по арбитражу. Так, Нью-Йоркская конвенция 1958 г., признавая письменную форму арбитражного соглашения (п. 1 ст. II), предусматривает, что термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами (ч. 2 ст. II)[2]. Европейская конвенция 1961 г. предусматривает несколько иные требования к форме арбитражного соглашения в связи с более широкими возможностями документального оформления арбитражного соглашения, поскольку таковым признается подписанное сторонами соглашение, содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу.

Таким образом, сказанное выше подтверждает вывод об автономном характере арбитражного соглашения. Как самостоятельная сделка арбитражное соглашение должно отвечать определенным требованиям, влияющим на его действительность. При этом материально-правовой аспект действительности арбитражного соглашения пред-

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 58–59.

[2] Во времена подписания Нью-Йоркской конвенции письма и телеграммы являлись наиболее распространенными средствами обмена документами. На сегодняшний день электронные письма и некоторые другие средства электронной коммуникации считаются вполне соответсвующими ст. II Нью-Йоркской конвенции.

полагает возможность применения иностранного права. Процессуальный аспект действительности арбитражного соглашения (его допустимость) предполагает применение закона суда. Поскольку международному коммерческому арбитражу присуще развитое конвенционное регулирование, следует особо подчеркнуть, что для стран-участниц основных конвенций по арбитражу предусмотрен специальный режим коллизионного регулирования арбитражного соглашения. Согласно Нью-Йоркской конвенции 1958 г. вопрос о действительности арбитражного соглашения решается в соответствии с законом, которому стороны подчинили это соглашение, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение вынесено. В Европейской конвенции 1961 г. предусмотрено, что вопрос о действительности или существовании арбитражного соглашения может решаться по закону страны, которому стороны подчинили арбитражное соглашение; при отсутствии такого указания — по закону страны, в которой должно быть вынесено арбитражное решение, а в случае, когда государственный суд не может установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, — по закону, подлежащему применению в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело.

Из автономности арбитражного соглашения следует вывод о том, что оно является основанием компетенции арбитража, который не может выйти за пределы арбитражного соглашения. Поскольку компетенция арбитража определяется арбитражным соглашением, квалификация которого как допустимого или недопустимого осуществляется на основании гражданского процессуального законодательства, можно сформулировать, по крайней мере, следующие положения, имеющие принципиальный характер. Во-первых, пределы компетенции арбитража с учетом допустимости арбитражного соглашения устанавливаются применимым правом государственного суда. Во-вторых, в рамках допустимости арбитражного соглашения применяются договорные начала регулирования.

Разумеется, наиболее часто арбитраж, решая вопрос о своей компетенции, сталкивается с необходимостью выяснения ее договорных оснований, иначе говоря, объема арбитражного соглашения.

Так, Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК) в г. Москве рассматривала дело по иску о взыскании с ответчика в связи с поставкой ответчику оптических приборов по ряду договоров задолженности по взаимным расчетам, образовавшейся в результате девальва-

ции индийской рупии. Ответчик, не выдвигая возражений по существу, оспорил компетенцию ВТАК на рассмотрение данного дела. В обоснование своей позиции ответчик сослался на соглашение между Федерацией индийских торговых палат и Всесоюзной торговой палатой, в соответствии с которым внешторговым организациям и индийским физическим и юридическим лицам рекомендовано включать в свои договоры арбитражную оговорку, предусматривающую передачу споров на разрешение арбитража в стране ответчика. В заседании ВТАК истец, возражая против доводов ответчика, основанных на указанном соглашении, заявил, что это соглашение не может являться обязательным для сторон. Стороны при заключении контрактов предусматривали арбитраж в Москве, что не противоречит вышеупомянутому соглашению.

Арбитражная комиссия установила, что пять договоров, заключенных между истцом и ответчиком, предусматривают передачу споров между сторонами на рассмотрение ВТАК. Наличие такой арбитражной оговорки в договорах дало комиссии основание считать себя компетентной рассматривать данное дело.

ВТАК посчитала неосновательной ссылку ответчика на соглашение между Федерацией индийских торговых палат и Всесоюзной торговой палатой, поскольку предусмотренные им положения относительно арбитражной оговорки носят характер рекомендаций сторонам, заключающим контракты, и, следовательно, не препятствуют сторонам включать в свои контракты арбитражные оговорки иного содержания. Вместе с тем ВТАК констатировала, что в части иска, выходящей за пределы вышеуказанных пяти договоров, истцом не представлено доказательств о наличии между сторонами арбитражного соглашения о передаче споров на рассмотрение Арбитражной комиссии.

С учетом этого арбитражная комиссия обязала ответчика уплатить искомую сумму по пяти договорам, которые содержат оговорку о передаче споров на рассмотрение ВТАК. В остальной части иска дело было прекращено ввиду отсутствия доказательств о наличии между сторонами соглашения о передаче споров на разрешение ВТАК[1].

Для арбитражной практики типичны случаи оспаривания компетенции арбитража по рассмотрению конкретного спора либо по при-

[1] Арбитражная практика: Часть IV: Решения Внешнеторговой арбитражной комиссии, 1966–1968 гг. – М., 1976. – С. 74–76.

чинам недействительности арбитражного соглашения, либо по причинам того, что конкретный арбитраж некомпетентен рассматривать данный спор. Независимо от оснований оспаривания компетенции коммерческого арбитража возникает практический вопрос: кто устанавливает компетенцию арбитража?

В современной доктрине, внутреннем законодательстве и 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»[1]. Надо полагать, что принцип «компетенции компетенции» соответствует природе арбитража как договорной юрисдикции.

К примеру, в соответствии с ч. 1 ст. 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» третейский суд может сам принять постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения.

Данный принцип закреплен также в международных арбитражных регламентах ЕЭК (ст. 18), ЭКАДВ (п. 3 ст. VI), ЮНСИТРАЛ (ст. 21.1). Он предусмотрен и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (п. 1 ст. 16). Наконец, он закреплен в Европейской конвенции 1961 г. В соответствии с п. 3 ст. 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 которой 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.

Принцип компетенции компетенции предусматривается и в регламентах многих постоянно действующих международных коммерческих арбитражей. Так, в соответствии с п. 2 ст. 6 Арбитражного регламента Международного арбитражного суда Международной торговой палаты, если одна из сторон выдвигает одну или несколько претензий относительно существования или действительности арбитражного соглашения и если Международный арбитражный суд воочию убеждается в существовании такого соглашения, суд может, не

[1] См.: González de Cossío F. The *COMPÉTENCE-COMPÉTENCE* principle, revisited // Journal of International Arbitration. – 2007. – Vol. 24(3). – P. 231–248.

предрешая вопроса о допустимости или обоснованности претензии (или претензий), принять дело к арбитражному производству. В таком случае любое решение, например о компетентности арбитра, принимается самим арбитром.

По одному из дел, ответчик возражал относительно отсутствия у МКАС при ТПП Украины компетенции по рассмотрению спора со ссылкой на то, что договор консигнации № U-2 от 4 февраля 1998 г. он не подписывал, и утверждал, что согласно п. 9.2 якобы заключенного литовским ЗАО и украинским ООО договора поставки № U-2 от 4 февраля 1998 г. подлежит юрисдикции Арбитражного суда по месту нахождения ответчика, Арбитражный суд признал эти возражения необоснованными по следующим основаниям:

а) ответчик, несмотря на неоднократные предложения Арбитражного суда представить оригиналы договора поставки № U-2 от 4 февраля 1998 г. и приложения № 1 (спецификация № 1) к нему, их не представил, как не представил и доказательств его исполнения;

б) согласно письму филиала коммерческого банка, обслуживающего истца, от 12 июля 2002 г. поступление денежных средств от литовского ЗАО на счет украинского ООО имело место по договору консигнации № U-2 от 4 февраля 1998 г.

Таким образом, несмотря на то, что по заключению судебно-почерковедческой экспертизы Киевского НИИ судебных экспертиз от 27 июня 2002 г. этот договор был подписан не директором литовского ЗАО, а иным лицом, ответчик принял исполнение обязательств именно по договору консигнации, частично оплатив полученный товар;

в) более того, согласно п. 1 ст. 16 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» даже в случае признания арбитражным судом договора консигнации № U-2 от 4 февраля 1998 г. недействительным, это не влекло бы за собой недействительности арбитражной оговорки, являющейся частью договора.

Таким образом, Арбитражный суд подтвердил свою компетенцию по рассмотрению данного дела[1].

По другому делу, арбитражный суд признал необоснованным заявление украинского ООО с иностранными инвестициями от 9 февраля 2005 г. об отсутствии у МКАС при ТПП Украины компетенции относительно рассмотрения спора якобы на том основании, что

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С.18–19.

«ст. 8 договора о международной коммерческой кооперации и совместной инвестиционной деятельности от 16 марта 1999 г. содержит указание на то, что в случае невозможности урегулирования споров и разногласий в рамках заключенного договора такие споры могут быть переданы сторонами на рассмотрение третейского суда. Местонахождением данного суда должен быть избран г. Киев (Украина)».

При этом Арбитражный суд исходил из следующего:

– заявитель исказил текст ст. 8 указанного договора, которая гласит: «8.1. Споры и разногласия в рамках настоящего договора, урегулирование которых недостижимо сторонами путем переговоров, передаются на рассмотрение МКАС при ТПП Украины или (по согласию сторон) на рассмотрение иного третейского суда (Украина, г. Киев)...»; как видно из приведенного текста, передача спора «на рассмотрение иного третейского суда» возможна лишь «по согласию сторон», чего не требуется для рассмотрения спора МКАС при ТПП Украины;

– никаких доказательств согласования сторонами передачи данного спора на рассмотрение иного третейского суда заявитель Арбитражному суду не предоставил;

– Закон Украины «О третейских судах» от 11 мая 2004 г. исключает из подведомственности третейских судов дела, в которых хотя бы одна из сторон спора является нерезидентом Украины.

Следовательно, никакой альтернативы компетенции МКАС при ТПП Украины в разрешении данного спора не существует.

Кроме того, Арбитражный суд принял во внимание, что:

– истец в исковом заявлении от 30 ноября 2004 г. утверждал о наличии арбитражного соглашения о рассмотрении спора МКАС при ТПП Украины;

– украинское ООО с иностранными инвестициями в отзыве на иск от 11 февраля 2005 г., поддержанном кипрской компанией в письме от 14 февраля 2005 г., не высказало возражений против наличия такого соглашения, а при указанных обстоятельствах согласно ст. 1. 3 Регламента МКАС при ТПП Украины арбитражное соглашение о передаче спора на рассмотрение МКАС при ТПП Украины считается заключенным.

Компетенция арбитражного суда на рассмотрение данного спора подтверждена:

– определением хозяйственного суда г. Киева от 18 июня 2004 г. об отказе в принятии искового заявления украинского предприятия по иску к украинскому ООО с иностранными инвестициями и кипр-

ской компании о расторжении договора от 19 марта 1999 г., заключенного между украинским ООО с иностранными инвестициями, украинским предприятием и кипрской компанией;

– постановлением Высшего хозяйственного суда Украины от 9 декабря 2004 г. по кассационной жалобе украинского предприятия на определение хозяйственного суда г. Киева от 18 июня 2004 г. по иску украинского предприятия к украинскому ООО с иностранными инвестициями и кипрской компании о расторжении договора.

Таким образом, Арбитражный суд считает свою компетенцию в разрешении данного спора несомненной, а возражения против нее украинского ООО с иностранными инвестициями надуманными[1].

В связи с закреплением и содержанием принципа компетенции компетенции возникает вопрос: как быть в том случае, когда одна из сторон арбитражного соглашения оспаривает компетенцию арбитража после того, как арбитражное разбирательство уже начато? Согласно п. 3. ст. VI Европейской конвенции 1961 г., если одна из сторон в арбитражном соглашении подала заявление с просьбой об арбитраже, государственный суд, в который может в последующем обратиться другая сторона с иском по тому же предмету или по вопросу об отсутствии, недействительности или утрате силы арбитражным соглашением, должен отложить вынесение решения вопроса о компетенции арбитражного суда до тех пор, пока арбитражный суд не вынесет решения по существу дела, поскольку у государственного суда нет достаточно существенных оснований для отступления от этого правила.

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 19–21.

5. ПАТОЛОГИЧНЫЕ АРБИТРАЖНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ

Термин «патологичная оговорка» впервые применил в 1974 г. Ф. Айземан, почетный Генеральный секретарь Международной Торговой Палаты. Выражение обозначает арбитражные соглашения или, в частности, арбитражные оговорки, которые содержат дефектный или дефектные элементы и создают препятствия арбитражному процессу[1]. Ф. Айземан назвал четыре критерия, которым должны соответствовать арбитражные соглашения (их также можно рассматривать как функции арбитражного соглашения):

1) установить обязательные последствия для сторон;

2) исключить вмешательство в арбитражный процесс государственного суда, по крайней мере, до принятия решения;

3) предоставить арбитрам необходимые полномочия для разрешения спора;

4) определить быструю и эффективную процедуру принятия решения, способного быть исполненным. С учетом этого Ф. Айземан полагал, что арбитражные соглашения, не соответствующие этим критериям, являются патологичными[2], или нетипичными.

Во многих странах принято считать (о чем уже шла речь), что главные существенные условия арбитражного соглашения определяет ст. II Нью-Йоркской конвенции. Например, согласно § 1061 (1) ГПК Германии Нью-Йоркская конвенция является единственным применимым правом в случае, если в Суд Германии направлено ходатайство о признании или исполнении иностранного арбитражного решения.

[1] Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration. –The Hague/ Boston/London: Kluwer Law International, 1999. – P. 279.

[2] Davis B. G. Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria (см.: http:// www.kluwerarbitration.com)

Практическим применением этой нормы является решение Суда Германии «OLG Schleswig» от 30.03.2000 (16 SchH 5/99)»[1]. Хотя приказ «OLG Schleswig» напрямую касается признания и исполнения иностранного арбитражного решения, вынесенного арбитражным судом при ТПП Венгрии в Будапеште, оно также затрагивает новые аспекты арбитражного права Германии и вопросы современной интерпретации Нью-Йоркской конвенции[2]. «OLG Schleswig» устанавливает, что ст. II Нью-Йоркской конвенции является прямо применяемой нормой, которая, в случае соблюдения основных требований, указанных в этой статье, превалирует над любым национальным законодательством. Следовательно, можно сделать вывод, что, исходя из законодательства Германии, главные существенные условия арбитражного соглашения указаны в ст. II Нью-Йоркской конвенции.

Аналогичной позиции придерживаются некоторые американские суды. Например, согласно решению суда округа Канзас в деле *Black & Veatch International Company* против *Wartsila NSD*[3] в вопросах действительности арбитражного соглашения следует опираться на ст. II Нью-Йоркской конвенции[4] (глава 2 Федерального Арбитражного Акта[5]). В соответствии с этой нормой государственный суд подписавшей конвенцию страны обязан признать и исполнить арбитражное соглашение. Также, исходя из ст. II Нью-Йоркской конвенции, перед принятием такого решения суд имеет право провести тест на предмет соответствия арбитражного соглашения требованиям конвенции. Этот тест может включать следующие вопросы:

– Заключено ли арбитражное соглашение в письменной форме?

– Отсылает ли это соглашение к арбитражу на территории страны, подписавшей конвенцию?

– Вытекает ли соглашение из договорных или внедоговорных правоотношений, считающихся коммерческими?

– Имеет ли спор международный характер?

---

[1] The order of the OLG Schleswig RIW 706 (2000).

[2] Gusy M. F. The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention - Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99) (см.: http://www.kluwerarbitration.com)

[3] Black & Veatch International Company v. Wartsila NSD North America, Inc., et al. – 18 December 1998. – United States District Court, District of Kansas, Civil Action No. 97-2556-CTV (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[4] Статья II Нью-Йоркской конвенции инкорпорирована в Главу 2 Федерального Арбитражного Акта.

[5] См.: http://www.chamber.se/arbitration/shared_files/laws/arbitract_us_cont.html

Аналогичной точки зрения придерживается и американский суд Южного округа Нью-Йорка в деле *Ronald Borsack* против *Chalk & Vermillion fine Arts*[1].

Действительно, Нью-Йоркская конвенция определяет первичные универсальные условия арбитражного соглашения, несоблюдение которых влечет неминуемую ничтожность соглашения. Однако, как показывает практика, эта Конвенция перечисляет далеко не все важные условия арбитражного соглашения.

Первым и основным нежелательным последствием допущения грубых ошибок в арбитражном соглашении является усложнение решения вопроса о юрисдикции арбитражного трибунала, что включает в себя вопрос правильности формирования арбитражного трибунала и подсудность спора арбитражу. Как известно, при определении своих полномочий арбитражный трибунал руководствуется *lex loci arbitri* (правом места проведения арбитражной процедуры) и положениями арбитражного соглашения[2], что, в свою очередь, может содержать ссылку на арбитражный регламент, которым при разрешении вопроса о юрисдикции руководствуется арбитражный институт или трибунал. Если же арбитражное соглашение не содержит хотя бы один из вышеупомянутых источников права, вопрос легитимности всего арбитражного процесса ставится под угрозу. К сожалению, практика показывает, что вопрос юрисдикции арбитражного трибунала на сегодняшний день является актуальным. Причина этого зачастую кроется в неправильно составленной арбитражной оговорке.

Согласно статистике ТПП Цюриха более 10 % арбитражных соглашений являются ничтожными[3]. В арбитражном мире существует миф, что причиной допущения ошибок или неточностей в арбитражной оговорке считается время и условия ее заключения. Как правило, арбитражное соглашение подписывается сторонами после того, как была достигнута договоренность по всем условиям основного контракта. Этому обычно предшествует довольно интенсивная изнури-

[1] Ronald Borsack v Chalk & Vermillion fine Arts – 7 August 1997 – United States District Court, Southern District of New York, No. 96 CV 6587 (BDP), ICCA YB, Court Decisions (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[2] Karrer P. A. Pathological Arbitration Clauses Malpractice, Diagnosis and Therapy, The International Practice of Law. – The Hague – London – Boston: Kluwer Law International. – P. 109.

[3] Там же. – P. 110.

тельная работа, когда стороны утрачивают бдительность и невольно стремятся поскорее завершить выгодную сделку. Поэтому практики нередко называют арбитражную оговорку «полуночной оговоркой» или «оговоркой шампань».

Что же делать, если в арбитражной оговорке отсутствуют важные элементы или допущены ошибки? Для интерпретации и последующей реабилитации патологичной арбитражной оговорки могут быть использованы такие правовые механизмы, как *lex arbitri* (право, применимое к арбитражному соглашению, зависит от места проведения арбитражного процесса)[1], обычаи делового оборота, принцип доброй воли сторон (*good faith*) подразумевает благие намерения сторон при заключении соглашения).

При этом вначале нужно убедиться в действительности арбитражного соглашения как соглашения *ad hoc* о месте арбитража. Если это возможно, следующим этапом будет поиск назначающего арбитров органа или арбитражного института, которые, исходя из места арбитража, помогут установить *lex arbitri* и заполнить остальные пробелы арбитражного соглашения.

В связи с проблемой реабилитации патологических арбитражных соглашений возникает вопрос: имеет ли смысл всегда добиваться признания арбитражным трибуналом действительности арбитражного соглашения и не повлечет ли признание арбитрами юрисдикции по делу отмену решения государственным судом или проблемы при его исполнении? Надо полагать, что арбитраж — это альтернативная форма рассмотрения споров, и арбитры часто готовы взяться даже за самый зыбкий юридический повод для признания юрисдикции по делу, однако при этом последствия для сторон могут быть далеко не перспективными. Поэтому, для уверенности в перспективе принятого арбитражным трибуналом решения, необходимо проанализировать практику исполнения аналогичных арбитражных решений в потенциальных местах исполнения.

Lex arbitri может быть выбрано прямо в арбитражной оговорке или косвенно (в зависимости от текста соглашения). Например, согласно ст. 178 Федерального статута Швейцарии о Частном Международном праве для определения действительности арбитражного соглашения применяются, во-первых, право, которое стороны прямо

[1] Karrer P. A. Pathological Arbitration Clauses Malpractice, Diagnosis and Therapy, The International Practice of Law. – The Hague – London – Boston: Kluwer Law International. – P. 117.

указали в арбитражной оговорке; во-вторых, право основного договора; в-третьих, частное право Швейцарии[1].

Для интерпретации проблемного арбитражного соглашения используется также принцип его широкой трактовки[2]. При этом, учитывая, что многие страны Западной Европы, а также США отдают предпочтение арбитражу как способу рассмотрения международных споров[3], главным принципиальным вопросом в арбитражной оговорке является вопрос о согласии сторон урегулировать свой спор в арбитраже. Остальные имеют второстепенный характер. Следовательно, в аспекте принципа широкого толкования, если стороны договорились о разрешении своего спора арбитражем, они должны обращаться в арбитраж. Необходимым условием для соблюдения этого принципа являются зафиксированные в арбитражном соглашении намерения сторон обращаться в арбитраж по всем спорам, связанным с определенным контрактом[4]. Примером такой арбитражной оговорки может служить типовая арбитражная оговорка коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины: «Любой спор, возникающий по настоящему договору или в связи с ним, подлежит передаче на рассмотрение и окончательное разрешение в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины»[5].

Практика арбитража дает разнообразные примеры и наиболее распространенные ошибки в арбитражных оговорках патологичных элементов арбитражных соглашений. Одной из ошибок является отсутствие ссылки на *lex arbitri*. Такая арбитражная оговорка может быть реабилитирована в том случае, если в ней указан институт рассмотрения спора. Причем если в арбитражном соглашении указан

[1] Lalive/Poudret/Reymond. n. 14. p. 322; Bucher A. Le nouvel arbitrage international en Suisse. – 1988. – n. 105, p. 43.

[2] Commentaire du Concordat Suisse de l'arbitrage. – Berne, 1984. – P. 134–135.

[3] Практика Федерального Верховного Суда Швейцарии определяет: «Если наличие арбитражного соглашения установлено, его рамки не могут быть предметом узкой интерпретации»; Karrer P. A. Pathological Arbitration Clauses Malpractice, Diagnosis and Therapy, The International Practice of Law. – The Hague – London – Boston: Kluwer Law International. – P. 118; Hugh Collins v. International Dairy Queen,Inc., 2F. Supp. 2d 1465 (M.D.Ga., 1998) (см.: http://www.westlaw.com); Williams D. E. What you need to know about binding non-signatories to arbitration agreements (см.: www.metrocorpcounsel.com/a/Dwayne-E-Williams).

[4] Karrer P. A. Pathological Arbitration Clauses Malpractice, Diagnosis and Therapy, The International Practice of Law. – The Hague – London – Boston: Kluwer Law International. – P. 118.

[5] См.: http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/clause.html

только институт, то при отсутствии компромисса между сторонами место проведения арбитража выберут арбитры, тем самым определив *lex arbitri*.

Несмотря на распространенное требование письменной формы арбитражного соглашения, имеют место случаи, когда арбитражное соглашение заключено в устной форме. Здесь следует отметить, что хотя такая оговорка противоречит положению ст. II Нью-Йоркской конвенции, некоторые страны (в частности, Швеция) не выдвигают обязательные требования к заключению арбитражного соглашения в письменной форме.

В практике международного коммерческого арбитража редко, однако встречаются случаи, когда в арбитражной оговорке арбитраж предусмотрен как факультативный вид разрешения спора. Пример такого соглашения: «Любой спор, разногласие или претензия в связи с настоящим контрактом либо его нарушением, расторжением или недействительностью *может быть направлен* для рассмотрения в арбитражный суд при ТПП … ». Американский окружной суд, столкнувшись с подобной арбитражной оговоркой, решил, что такого рода арбитражные соглашения являются факультативными лишь до тех пор, пока одна из сторон не инициирует арбитраж. В этом случае для другой стороны арбитражное соглашение становится обязательным[1]. Какое решение по аналогичному делу вынес бы суд другого округа США или другой страны, неизвестно. Очевидно лишь то, что такая арбитражная оговорка явно содержит патологичный элемент.

На практике нередко встречаются арбитражные соглашения, отсылающие к Международной Торговой Палате, как к учреждению, администрирующему спор, в которых вместо Парижа, где находится МТП, указывается Лондон, Нью-Йорк или любой другой город. Существует только одна Международная Торговая Палата — в Париже, поэтому подобная формулировка арбитражного соглашения может быть расшифрована только как отсылающая к МТП с местом арбитража в Лондоне, Нью-Йорке и т. д.

Иногда в арбитражной оговорке не указывается арбитражный институт, а указывается только место арбитража. Здесь значение имеет интерпретация формулировки арбитражного соглашения, возможен анализ других арбитражных соглашений между этими же сторонами. Если рядом с фразой «… передается в арбитраж…» упо-

[1] *Cravat Coal Export Company*, *Inc.* v. *Taiwan Power Company*, USDC Eastern District of Kentucky, Civil Action No. 90–11, (March 5, 1990).

требляются такие начинающиеся с прописных букв слова, как: «Институт», «Палата», »Учреждение», то вероятнее всего, что стороны имели в виду институционный арбитраж. При этом в некоторых случаях ссылки на город проведения арбитражного разбирательства будет достаточно. Такие авторитетные арбитражные институты, как, например, МТП — Париж, Торговая Палата Стокгольма — Стокгольм, Лондонский Международный Арбитражный Суд — Лондон, Американская Арбитражная Ассоциация — Нью-Йорк, могут быть обозначены одним указанием города. Для сравнения, термины «коллегия», «палата», «суд», «международный» вряд ли могут свидетельствовать о предпочтении институцинного арбитража перед арбитражем *ad hoc* (эти фразы употребляются как в институционных арбитражных оговорках, так и в арбитражных оговорках *ad hoc*). Если в арбитражной оговорке указана только страна проведения арбитража, то арбитражное соглашение может рассматриваться как отсылающее к институционному арбитражу только в том случае, если в этой стране всего один институт, рассматривающий международные арбитражные споры. Примером может быть Украина или Венгрия.

Бывает так, что арбитражное соглашение отсылает к несуществующему арбитражному институту. Если в арбитражной оговорке указан несуществующий институт и при этом не указано место арбитража, арбитражное соглашение можно реабилитировать путем трансформации его в арбитражную оговорку *ad hoc*. В практике МТП имели место дела, в которых стороны в своем арбитражном соглашении неправильно называли арбитражный институт. В одном из таких случаев вместо Международной Торговой Палаты местом проведения арбитража стороны указали Официальную Торговую Палату. Эта ошибка, конечно, дала почву для оспаривания действительности арбитражного соглашения как отсылающего к несуществующему институту. В своем решении судья Трибунала Высшей Инстанции Парижа постановил: «В случае, если стороны в своей арбитражной оговорке однозначно заявили намерения о разрешении разногласий, возникающих из договора в арбитраже, тогда, — если в Париже и не существует Официальной Торговой Палаты, — Международная Торговая Палата как отдельная организация явно представляет собой арбитражный центр, признанный в Париже. …Договариваясь передать свои споры на разрешение в Официальную торговую палату, стороны тем самым имели в виду

Международную Торговую Палату как центр организации арбитражного процесса»[1].

Возможна ситуация, когда арбитражное соглашение отсылает к институту, прекратившему свое существование. В таком случае институционный арбитраж может быть инициирован, только если есть правопреемник этого института. В арбитражной практике имеет место случай, когда сторона утверждала, что частное учреждение «*Schiedsgericht Berlin*» является правопреемником прекратившего свое существование арбитражного суда при Палате внешней торговли ГДР (Arbitration Court at the German Democratic Republic's Chamber of Foreign Commerce). Федеральный Верховный Суд Германии (German Federal Supreme Court) признал эти утверждения безосновательными, направив стороны в государственный суд для рассмотрения спора[2]. Вместе с тем такую арбитражную оговорку, по нашему мнению, можно было бы реабилитировать, преобразовав ее в арбитражную оговорку *ad hoc.*

Нередко в арбитражном соглашении не указывается количество арбитров или процедура их назначения. В данном случае восполнить такой пробел можно, обратившись к *lex arbitri*. Как видим, такое упущение не является серьезной патологией. Более сложная ситуация возникает, если в арбитражном соглашении неправильно назван назначающий арбитров орган. Если такая ошибка касается арбитража *ad hoc*, вся процедура может зайти в тупик. Что касается арбитража, процедуру назначения трибунала, как правило, определяет институт согласно своему регламенту.

Часто одним из условий арбитражного соглашения выступает обязательное предварительное проведение медиации или согласительной процедуры. Это дает сторонам шанс урегулировать спор мирным путем, что, однако, не всегда удается, а значит, теряется время и отдаляется возможность обращения в арбитраж.

В арбитражной оговорке сторонами могут быть обусловлены сроки вынесения арбитражного решения или сроки подачи искового заявления. Как в первом, так и во втором случае, такие обусловленные ограничения способствуют ускорению арбитражного процесса. Однако негативным последствием включения в арбитражное соглашение этих сроков может быть, в первом случае, поверхностное рассмотре-

[1] Pluyette G. Le point de vue du juge // Revue de l'Arbitrage. – 1990. – No. 2.

[2] Karrer P. A. Pathological Arbitration Clauses Malpractice, Diagnosis and Therapy, The International Practice of Law. – The Hague – London – Boston: Kluwer Law International. – P. 123.

ние арбитрами спора, а во втором — лишение сторон соглашения права обратиться в арбитраж.

Условия арбитражного соглашения могут конкурировать с нормами *lex loci arbitri*[1], что также является определенной патологией арбитражного соглашения. Арбитражному трибуналу в таких случаях надлежит определить, являются ли указанные противоречия коллизией положений арбитражного соглашения с национальным публичным порядком или с признанным международной арбитражной практикой международным публичным порядком. Если правила арбитражной оговорки конкурируют с национальным публичным порядком, то арбитры должны, прежде всего, учитывать волю участников арбитражного соглашения[2]. Поскольку одним из существенных принципов арбитража, как отмечалось, является принцип автономии воли сторон[3], это означает, что арбитражный трибунал обязан уважать волю сторон и, при определенных условиях, подчиняться ей в процессуальных вопросах. В случае опасения, что решение будет аннулировано государственным судом, арбитражный трибунал может принять решение о перемещении места арбитража в другую страну, тем самым избавив арбитражный процесс по конкретному делу от «давления» национального публичного порядка.

Патологичным элементом арбитражного соглашения может быть и наличие в нем положений, не соответствующих требованиям измененного законодательства. Возникает ситуация, аналогичная той, которая рассмотрена выше, но в данном случае значение имеет момент заключения арбитражного соглашения — было оно заключено до изменения в законодательстве или после? Как известно, во многих юрисдикциях закон не имеет обратной силы.

Иногда, выбирая *lex loci arbitri* или *lex arbitri*, стороны не задумываются о том, как это повлияет на исход дела. Прежде чем определиться с одним из указанных видов юрисдикции, следует выяснить, является ли выбранная юрисдикция приемлемой и достаточно развитой в правовом смысле для подчинения конкретных правоотноше-

[1] В теории арбитража понятие «место арбитража» означает место, где de jure было вынесено решение; оно определяет так называемую «национальность решения».

[2] ICCA Congress series – no. 3: [Derains] Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration – Working Group II Public Policy in Arbitration 175,176 (см.: http://www.kluwerarbitration.com, пункты 57–62).

[3] См.: Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and practice of international commercial arbitration, 4th ed. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – P. 315; Heuman L. Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure. – New York: Juris Publishing, Inc., 2003. – P. 249.

ний ее праву и подсуден ли арбитражу предмет договора в выбранной юрисдикции. Это не только существенно влияет, но и определяет конечный итог арбитражного процесса. Так, в арбитражном деле Международной Торговой Палаты между финской и австралийской компаниями, выбирая местом арбитража Лондон, стороны, видимо, не уделили достаточно внимания изучению сроков исковой давности в английском праве. В результате истец проиграл дело[1].

Разновидностью патологичных арбитражных соглашений являются и те, что противоречат регламенту арбитражного института, к которому стороны арбитражного соглашения отсылают. В качестве примера часто приводятся правила Международной Торговой Палаты, которые стороны определяют как регламент рассмотрения спора в любом другом институте (Торговой Палате Стокгольма или в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП Украины). Правила МТП включают в себя такие уникальные и не свойственные другим институтам механизмы, как подписание акта о полномочии арбитров и проверка Судом решения. В такой ситуации перед арбитражным институтом возникает дилемма: или предложить сторонам изменить условия арбитражного соглашения, или отказаться от рассмотрения спора в пользу МТП. Не исключено и то, что арбитражный институт, несмотря на арбитражное соглашение, будет руководствоваться своим регламентом, игнорируя регламент МТП.

Уже обращалось внимание, что серьезной ошибкой является неправильное определение сферы действия арбитражного соглашения. Английская версия ст. II Нью-Йоркской конвенции устанавливает, что спор должен касаться конкретных правоотношений[2]. Следовательно, если в арбитражном соглашении указано, что по любым разногласиям стороны берут обязательство обращаться в арбитраж, такая арбитражная оговорка будет противоречить требованиям Нью-Йоркской конвенции. Арбитражное соглашение всегда должно иметь четкую сферу применения.

Иногда случается, что в арбитражном соглашении допускаются описки или пропускается текст. В некоторых ситуациях эти пробелы

[1] ICC Case No. 4491 // Journal of International Arbitration. – 1985. – Vol. 2, No. 1.

[2] В зависимости от языковой версии текста Нью-Йоркской конвенции, по нашему мнению, смещаются акценты, касающиеся важных условий арбитражного соглашения. Например, в английской версии четко обозначено требование о наличии в арбитражном соглашении ссылки на конкретные правоотношения. В русской версии это требование является спорным.

можно устранить путем анализа истинных намерений сторон при заключении соглашения, изучения других положений контракта, приложений и т. д. Сторонами также допускаются ошибки в юридической терминологии арбитражного соглашения, что приводит к смешиванию принципов разных форм альтернативного разрешения споров. В результате сложно определить, о каком механизме урегулирования спора они договорились — согласительной процедуре, медиации или арбитраже. Примером такого соглашения может служить следующее: «В случае, если спор не урегулирован с помощью арбитражной процедуры в МТП, стороны оставляют за собой право обратиться в суд по месту нахождения ответчика». Какую именно форму урегулирования спора имели в виду стороны в этом случае, определить не просто, скорее, даже невозможно. Следовательно, рассмотренные арбитражные соглашения имеют такую патологию, которую вряд ли можно преодолеть.

Язык арбитража является частью арбитражной процедуры. Иногда стороны ошибочно полагают, что языком арбитража автоматически выступает язык договора. В действительности это не так. Если стороны не договорились о языке арбитражного процесса, то решение, как и во многих других случаях, принимается арбитрами. Неурегулированность этого вопроса на практике может повлечь увеличение арбитражных расходов и времени на рассмотрение спора. В ряде случаев сложно представить, сколько дополнительных затрат повлечет необходимость переводить большое количество документов на несколько языков.

Последним примером распространенных ошибок в арбитражных соглашениях является заключение двусторонней арбитражной оговорки в многостороннем правоотношении. Впоследствии при рассмотрении вопроса о возможном участии в арбитраже третьих лиц, не подписывавших арбитражное соглашение, возникают неоднозначные мнения. В западноевропейских странах принято считать, что при определенных обстоятельствах третьи лица по договору могут считаться сторонами арбитражного разбирательства[1]. При этом требование ст. II Нью-Йоркской конвенции о заключении арбитражного со-

[1] Williams D. E. What you need to know about binding non[-]signatories to arbitration agreements (см.: www.metrocorpcounsel.com/a/Dwayne-E-Williams); Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005; Domke M., Wilner G. M. Domke on Commercial Arbitration (The law and practice of commercial arbitration). – Wilmette, III, Callaghan, 1984, § 13:9 (см.: http://www.westlaw.com); Сліпачук Т. Треті особи як учасники третейського розгляду: міркування на тему // Юридичний радник. – 2006. – № 4 (12). – С. 42–47.

глашения в письменной форме, видимо, не нарушается. Анализ возможной коллизии теории третьих лиц в арбитражном процессе с положениями ст. II Нью-Йоркской конвенции был проведен некоторыми судами США[1]. Например, в решении Sen Mar, Inc. против Tiger Petroleum Corp. суд постановил: «Не только стороны, подписавшие арбитражное соглашение, несут по нему обязательства. Скорее, арбитражное соглашение, для того чтобы быть исполненным, должно быть заключено в письменной форме…» По мнению суда, как только установлено наличие письменного подписанного арбитражного соглашения, правила обычного договорного права определяют состав сторон арбитражного спора.

Наличие патологичных арбитражных соглашений является одним из препятствий для международного коммерческого арбитража. Избежать этого позволяет точное определение арбитража, которому стороны отдают предпочтение. Им может быть институционный арбитраж или арбитраж *ad hoc*. Оба вида арбитража обладают своими особенностями и, следовательно, в зависимости от критерия точности существенные условия арбитражного соглашения имеют принципиальное значение.

Если сторонами выбран арбитраж *ad hoc*, то обязательно нужно определить регламент и место рассмотрения спора, а также желательно достичь согласия о назначающем арбитров органе. Специфика арбитража *ad hoc* заключается в том, что в процессе отсутствует орган, администрирующий спор, поэтому в арбитражной оговорке нужно предусмотреть некоторые процессуальные нюансы. Если стороны выбрали институционный арбитраж, то главной задачей является правильное указание арбитражного института, в который стороны намерены передать возникающие споры. В зависимости от этого все остальные условия могут быть уточнены исходя из правил регламента арбитражного учреждения. Одно из весомых преимуществ институционного арбитража заключается в том, что сторонам предлагается разработанная и проверенная институтом модель арбитражной оговорки. Уже приводилась, например, арбитражная оговорка МТП: «Любые споры, возникающие из настоящего контракта или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в соответ-

[1] Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corp., 774 F. Supp. 879 (S.D.N.Y. 1991) (см. http://www.westlaw.com); Sphere Drake Ins. PLC v. Marine Towing, Inc., 16 F.3d 666, 669 (5th Cir. 1994) (см. http://www.westlaw.com); Ronald Borsack v Chalk & Vermillion fine Arts – 7 August 1997 – United States District Court, Southern District of New York, No. 96 CV 6587 (BDP), ICCA YB, Court Decisions (см. http://www.kluwerarbitration.com)

ствии с Арбитражным Регламентом Международной Торговой Палаты одним или несколькими арбитрами, назначенными в соответствии с этим Регламентом»[1]. Несмотря на то, что она, на первый взгляд, проста, однако содержит в себе основные элементы, характеризующие процедуру рассмотрения, сферу применения арбитражной оговорки, окончательность решения, орган, администрирующий спор, и регламент процедуры. Статистикой применения арбитражной оговорки Международной Торговой Палаты занимался Стэфен Р. Бонд. Он обнаружил, что с 1987 г. из 237 арбитражных соглашений она была использована слово в слово всего лишь один раз[2]. Как это ни странно, но такая статистика естественна. Разработанная Международной Торговой Палатой арбитражная оговорка имеет общий базовый характер и, видимо, не содержит достаточно элементов для всех видов коммерческих правоотношений. В каждом конкретном случае стороны добавляют в нее свои условия. Здесь следует учитывать, что, в отличие от арбитража *ad hoc,* слишком детальные арбитражные соглашения могут вызывать дополнительные трудности в арбитражном процессе.

Самым надежным способом устранения недостатков арбитражного соглашения является достижение сторонами компромисса и заключение нового соглашения, однако на практике такая ситуация случается не часто. На момент спора нарушившая обязательство сторона, как правило, пытается уйти от ответственности, максимально затягивая момент разрешения спора, в том числе, игнорируя арбитражное соглашение. В таких случаях решение о действительности арбитражной оговорки приходится принимать арбитражному институту или арбитрам. Нередко из-за сомнений в правильности признания арбитражным трибуналом юрисдикции государственный суд отказывает в исполнении арбитражного решения.

[1] См.: http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4114/index.html

[2] Bond S. R. How to Draft an Arbitration Clause (см.: http://www.kluwerarbitration.com)

6. АРБИТРЫ. ФОРМИРОВАНИЕ СОСТАВА АРБИТРАЖА

Проблемы состава арбитража и статутных оснований его деятельности достаточно разнообразны. Поэтому в комментариях нуждаются общие и принципиальные положения, которые в той или иной степени получили свое разрешение в унифицированных международных правилах, доктрине, современном законодательстве.

Представляет научно-практический интерес прежде всего вопрос о статусе арбитров. На этот счет можно привести две крайние точки зрения. В соответствии с одной, арбитры являются мандатариями сторон, другая сводится к тому, что арбитры действуют официально, как и государственные судьи. На наш взгляд, несмотря на то, что арбитраж основан на арбитражном соглашении и воплощает, так сказать, договорную правоприменительную власть, арбитры не являются мандатариями сторон, так как они не являются субъектами арбитражного соглашения и не состоят со сторонами в договорных отношениях, в силу которых они принимали бы на себя обязанности по рассмотрению соответствующих споров. В арбитражном соглашении арбитры не должны быть указаны, и, как свидетельствует опыт международной унификации арбитража, эффективность арбитража повышалась как раз благодаря введению механизмов, обеспечивающих формирование арбитража даже в тех случаях, когда одна из сторон уклоняется от этого.

Вряд ли имеются основания для утверждений, что арбитры действуют как государственные судьи и их статус определяется этим обстоятельством. Достаточно отметить, что судья осуществляет правосудие. Его процессуальная деятельность подчинена предусмотренной процессуальным законодательством процессуальной форме, имеющей конститутивное значение.

По нашему мнению, учитывая действующее законодательство, можно констатировать, что арбитры наделены соответствующим статусом, позволяющим выполнять функции по разрешению споров. При этом, несмотря на договорные основания своей деятельности, они независимы от сторон при рассмотрении дел и не являются их представителями. Полномочия арбитров могут прекращаться, если стороны договорились о прекращении мандата. Это еще одно основание, не позволяющее считать их судьями. Таким образом, правовой статус арбитров весьма своеобразный и основывается на этих двух принципиальных положениях.

Арбитром может быть физическое лицо, которое обладает полной дееспособностью. К примеру, в соответствии со ст. 1451 ГПК Франции[1] миссия арбитра может быть возложена только на физическое лицо; последнее должно обладать полной дееспособностью. Если в арбитражном соглашении назначено юридическое лицо, последнее правомочно лишь организовывать арбитраж.

В новейшем законодательстве в ряде стран предусмотрена возможность быть арбитрами иностранцам. В соответствии с ч. 1 ст. 11 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» ни одно лицо не может быть лишено права выступать арбитром по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином. Данное положение украинского закона соответствует Типовому закону ЮНСИТРАЛ.

Анализ законодательства, в частности унифицированных правил об арбитраже, позволяет сделать вывод, что при осуществлении своей деятельности арбитры должны быть беспристрастны и независимы. Беспристрастность и независимость арбитров как условие правильного разрешения дела закреплены практически в регламентах всех международных коммерческих арбитражей. Так, в соответствии с Регламентом Арбитражного суда при Торговой палате Стокгольма арбитр должен быть беспристрастным и независимым. Лицо, которому предложено принять назначение в качестве арбитра, обязано до назначения заявить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности и независимости[2]. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации также предусматривает, что при выполнении своих функций арбитры

[1] См.: http://www.lexinter.net/ENGLISH/code_of_civil_procedure.htm

[2] См.: ст. 14 (http://www.sccinstitute.com/uk/Rules/)

должны быть беспристрастны и независимы. Они не являются представителями сторон (п. 1 § 2). Более детальная норма содержится в Регламенте Лондонского международного третейского суда. В соответствии с Регламентом все арбитры (независимо от того, выдвинуты они сторонами или нет), проводящие арбитражное разбирательство, должны быть и оставаться полностью независимыми и беспристрастными и не должны выступать в роли защитников ни для одной из сторон. До назначения Третейским судом в случае, если об этом просит секретарь суда, любой арбитр предоставляет краткое описание своих прошлых и настоящих профессиональных должностей (о чем сообщается сторонам). В любом случае каждый арбитр подписывает декларацию о том, что отсутствуют обстоятельства, которые могут вызвать оправданные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, и что он незамедлительно сообщит о любых таких обстоятельствах Третейскому суду и всем сторонам в случае, если бы они возникли после подписания декларации и до завершения арбитражного разбирательства (п. 3 ст. 5)[1].

По общему правилу, национальное законодательство об арбитраже, а также международные регламенты и регламенты отдельных арбитражей предусматривают возможность отвода арбитра. Основаниями для этого являются прежде всего обстоятельства, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости. Кроме того, отвод арбитра может быть заявлен и в том случае, если он не обладает квалификацией, обусловленной соглашением сторон. Сторона может заявлять отвод арбитру, которого она назначила или в назначении которого она принимала участие, лишь по причинам, которые стали ей известны после назначения (ст. 12 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»).

Процедура отвода арбитров может быть установлена по договоренности сторон. При отсутствии такой договоренности применяется законодательство страны — места проведения арбитража, либо международный регламент, либо регламент соответствующего постоянно действующего арбитража. Для законодательства и арбитражных регламентов характерно то, что они предусматривают срочность процедуры отвода и соблюдение других формальностей. Так, согласно Регламенту Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма в случае, если сторона желает заявить об отводе арбитра, она

[1] См.: http://www.lcia-arbitration.com/

должна сделать это в письменной форме. Такой отвод должен содержать обоснование и направляется Институту, арбитрам и другой стороне. Любой отвод арбитра стороной должен быть заявлен в течение 15-ти дней с даты, когда стороне становятся известны дисквалифицирующие обстоятельства. Если сторона не извещает об отводе в течение установленного срока, она считается отказавшейся от своего права заявить такой отвод[1].

Арбитраж состоит из одного арбитра или большего их числа по усмотрению сторон. Независимо от некоторых различий в арбитражном национальном законодательстве, в регламентах постоянно действующих арбитражей это положение отражает общий принцип формирования состава арбитража и соответствует его договорной природе.

Статья 5 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ предусматривает, если стороны ранее не согласовали число арбитров (т. е. один или трое) и если в течение 15-ти дней после получения ответчиком уведомления об арбитраже стороны не договорились о том, что будет лишь один арбитр, то назначаются три арбитра. В соответствии со ст. 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже стороны могут по своему усмотрению определить число арбитров. Если стороны не определяют этого числа, то назначаются три арбитра. Аналогичные положения содержатся в ряде законодательств государств о международном коммерческом арбитраже.

Несмотря на некоторые особенности международных регламентов, регламентов отдельных арбитражей и национального законодательства, существует, в общем, однотипная процедура назначения арбитров. Как правило, процедура назначения арбитров сторонами согласовывается по их усмотрению. При отсутствии такого соглашения при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, а два назначенных таким образом арбитра назначают третьего. Если сторона не назначит арбитра в течение предусмотренного срока по получении просьбы об этом от другой стороны или если два арбитра в течение предусмотренного срока с момента их назначения не договорятся о выборе третьего арбитра, по просьбе любой стороны арбитр назначается судом или иным компетентным органом в соответствии с законодательством той или иной страны. Такой механизм формирования состава арбитража основывается на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммер-

[1] См.: ст. 15 (http://www.sccinstitute.com/uk/Rules/)

ческом арбитраже и национальном законодательстве стран, где приняты специальные законы, а также на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.

Особенность формирования состава арбитража на основании Типового закона состоит в том, что в качестве компетентного органа в нем указаны суд или, когда это указано в тексте закона соответствующей страны, иные органы, компетентные выполнять данные функции. В соответствии же с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ компетентный орган согласовывается сторонами (им может быть учреждение или физическое лицо). Если компетентный орган не согласован сторонами либо если согласованный ими орган отказывается действовать или не назначает арбитра в течение определенного срока после получения просьбы одной из сторон, любая сторона может просить Генерального секретаря Постоянного третейского суда в Гааге назначить компетентный орган (ст. 6). Как правило, компетентный орган, производя назначение, использует процедуру-список или исходит из собственного усмотрения.

Механизм формирования состава арбитража предусмотрен и в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже. В соответствии со ст. IV Конвенции стороны арбитражного соглашения вправе по своему усмотрению назначить арбитров или установить порядок, в соответствии с которым они должны быть назначены. Если стороны не договорились о назначении единоличного арбитра или если назначенные арбитры не могли достигнуть договоренности о мерах, которые должны быть приняты, истец должен обратиться с просьбой о принятии этих мер (в том случае, если стороны договорились о месте арбитража по своему выбору) либо к председателю компетентной торговой палаты места арбитража, согласованного сторонами, либо к председателю компетентной торговой палаты того места — страны ответчика, в которой на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет свое местонахождение. Если стороны не договорились о месте арбитража, то истец может обратиться по своему выбору либо к председателю компетентной торговой палаты того места страны ответчика, в котором на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет свое местонахождение, либо к Специальному комитету, состав и характер деятельности которого определены в приложении к Конвенции. Если истец

не воспользовался указанными правами, ими могут воспользоваться ответчик или арбитры.[1]

Как отмечалось, регламенты отдельных постоянно действующих арбитражей могут содержать специфические правила формирования арбитража. К примеру, в соответствии со ст. 4 Регламента Арбитражного суда Торгово-промышленной палаты Эстонии Арбитражный суд образуется несколькими способами. Стороны могут избрать одного или нескольких (нечетное число) арбитров, в том числе председателя. Каждая из сторон избирает одного арбитра и делает ему предложение избрать вместе с избранным другой стороной арбитром третьего арбитра, который является при разрешении спора председателем Арбитражного суда. Стороны могут уполномочить Совет Арбитражного суда образовать Арбитражный суд. Регламентом предусмотрены и иные способы образования Арбитражного суда.

[1] Специальный комитет состоит из двух постоянных членов и председателя. Один из постоянных членов избирается торговыми палатами или другими органами соответствующей страны, председатели которых выполняют функции, предусмотренные ст. IV Конвенции. Второй член избирается торговыми палатами или другими органами, назначенными в соответствии с п. 6 ст. X Конвенции. Председатель Специального комитета избирается торговыми палатами или другими органами соответствующих государств (см. пункты 1, 2, 7 Приложения к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже).

7. ПРОЦЕДУРА АРБИТРАЖА

Развитие международно-договорного регулирования и иных форм сотрудничества в сфере арбитража способствовало унификации арбитражной процедуры, которая закреплена в международных регламентах, национальном законодательстве и регламентах отдельных арбитражных центров и организаций. Важную роль в этом сыграл Типовой закон ЮНСИТРАЛ, ставший образцом для многих национальных законов об арбитраже.

Несмотря на унификацию арбитражной процедуры в международно-правовом масштабе, все же имеется немало особенностей ее регулирования, отражаемых в положениях тех или иных документов об арбитраже. Однако принципиально важным является то, что и унифицированные правила и национальные законодательства исходят из основной общей посылки — возможности определения правил процедуры самими сторонами. В соответствии со ст. 1 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, например, если стороны в договоре согласились в письменной форме, что споры, относящиеся к этому договору, будут передаваться на рассмотрение в арбитраж согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, то такие споры подлежат разрешению, в соответствии с настоящим Регламентом, с такими изменениями, о которых стороны могут договориться в письменной форме.

Типовой Закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже предусматривает специальную статью, посвященную определению правил процедуры. В ней закреплено, что при условии соблюдения положений настоящего Закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства арбитражным судом. В отсутствие такого соглашения арбитражный суд может с соблюдением положений настоящего Закона вести арбитражное разбирательство таким образом, каким он считает надлежащим.

Полномочия, предоставленные арбитражному суду, включают полномочия по определению допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства (ст. 19).[1]

Таким образом, арбитражная процедура обычно может устанавливаться самими сторонами. Наряду с этим стороны могут принять правила арбитражной процедуры, предусмотренные соответствующими регламентами. Наконец, правила арбитражной процедуры могут вытекать из требований действующего законодательства в том случае, когда стороны не вправе отступать от применимого к арбитражу закона.

Следует отметить, что, хотя арбитраж по сути является делокализированной формой рассмотрения споров, стороны, чаще всего, обязаны соблюдать требования национального процессуального и материального права. В этой связи место арбитража обуславливает процессуально-правовую характеристику арбитражного процесса. Одним из существенных инструментов воздействия права места арбитража на арбитражный процесс является, конечно же, возможная отмена решения судом места арбитража. Например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ (ст. 34) предусматривает ряд процессуальных оснований отмены арбитражного решения. Так, решение может быть отменено, если сторона, заявляющая такое ходатайство, представит доказательства того, что арбитражное соглашение недействительно по законодательству, которому стороны подчинили это соглашение, или арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному для разрешения в арбитраже или не подпадающему под условия обращения в арбитраж, или если суд определит, что предмет спора не подлежит арбитражному разбирательству по законодательству данного государства или арбитражное решение противоречит публичному порядку данного государства.

Таким образом, ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ определяет сферу зависимости арбитражного процесса от права места арбитража. От права места арбитража могут зависеть также рамки процессуальной свободы сторон в отношении таких неурегулированных на международном уровне вопросов, как возможное присоединение в арбитражный процесс третьих лиц, объединение арбитражных дел, возбуждение арбитражного дела на основании устного арбитражного соглашения, инициирование арбитражного процесса группой истцов (*class action*), применение в качестве материального права арбитраж-

[1] Аналогичные положения содержатся в национальных законах, принятых на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ.

ного процесса исключительно международного права или международных обычаев и т. п.

При характеристике Международных регламентов и Типового закона ЮНСИТРАЛ отмечалось, что процедура арбитража построена на институтах искового процессуального производства и является относительно завершенным производством с достаточно регламентированной процессуальной формой. Процессуальная форма арбитражного производства характеризуется соответствующим порядком арбитражного разбирательства, а также процессуально-документальным оформлением надлежащих действий арбитража, сторон и других лиц, участвующих в арбитраже.

Особенностью регламентации арбитражного производства является то, что его начало определяется по-разному. Так, согласно Типовому закону ЮНСИТРАЛ, если стороны не договорились об ином, арбитражное разбирательство в отношении конкретного спора начинается в день, когда просьба о передаче этого спора в арбитраж получена ответчиком (ст. 21). В течение срока, согласованного сторонами или определенного арбитражным судом, истец должен иском заявить об обстоятельствах, подтверждающих его исковые требования, о вопросах, подлежащих разрешению, и о содержании своих исковых требований, а ответчик должен заявить свои возражения по этим причинам, если стороны не договорились об ином в отношении необходимых реквизитов таких заявлений (ст. 23).

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ предусматривает, что исковое заявление может быть включено в уведомление об арбитраже. Согласно Регламенту сторона, возбуждающая арбитражное разбирательство (истец), направляет другой стороне (ответчику) уведомление об арбитраже. Арбитражное разбирательство считается начатым в день получения ответчиком уведомления об арбитраже. Уведомление об арбитраже должно включать: требование о передаче спора на арбитражное разбирательство; наименования и адреса сторон; ссылку на соответствующую арбитражную оговорку или отдельное арбитражное соглашение; ссылку на договор, из которого или в отношении которого возникает спор; содержание исковых требований; исковое заявление и другие реквизиты (ст. 3). Если исковое заявление не включено в уведомление об арбитраже в течение срока, устанавливаемого арбитражным судом, истец направляет ответчику и каждому из арбитров исковое заявление в письменной форме. Исковое заявление должно включать: наименования и адреса сторон; изложение

обстоятельств, подтверждающих исковые требования; спорные вопросы; содержание исковых требований (ст. 18).

Регламенты некоторых институционных арбитражей предусматривают, что арбитражное разбирательство начинается подачей искового заявления в арбитраж, датой подачи искового заявления считается день его вручения арбитражу, а при отправке по почте — дата штемпеля почтового ведомства места отправления (ст. 17.2 Регламента МКАС при Торгово-промышленной палате Украины).

Для эффективного осуществления арбитражного процесса имеет значение место арбитража, которое впоследствии определяет *lex arbitri*. Здесь важно отличать место арбитража от места проведения слушаний. Место арбитража определяется сторонами. При отсутствии такой договоренности место арбитража определяется арбитражным судом с учетом обстоятельств арбитражного разбирательства. Арбитражное решение считается вынесенным в месте арбитража.

Место проведения слушаний выбирается арбитрами и может меняться в зависимости от различных обстоятельств (взаимное удобство, экономия средств и времени и т. д.). Согласно п. 2 ст. 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ арбитражный суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в любом месте, которое он считает надлежащим, для проведения консультаций между его членами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон либо для осмотра товаров, другого имущества или документов.

Аналогичная норма содержится и в ст. 20 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже». По одному из дел, МКАС при ТПП Украины отметил: «Учитывая, что в арбитражной оговорке контракта предусмотрено проведение арбитражного разбирательства вне места нахождения МКАС при ТПП Украины — г. Ровно, Арбитражный суд письмом от 18 ноября 2003 г. сообщил истцу о необходимости внести аванс на возмещение расходов состава Арбитражного суда, связанных с проведением такого заседания. Одновременно Арбитражный суд предупредил истца о том, что в случае невнесения такого аванса слушание по делу будет проводиться по месту нахождения МКАС при ТПП Украины в г. Киеве»[1].

Процедура арбитражного разбирательства может осуществляться в форме письменного разбирательства либо в форме слушаний. Возможно и сочетание названных форм арбитражного разбирательства. В соот-

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 154.

ветствии со ст. 24 Типового закона ЮНСИТРАЛ при условии соблюдения любого иного соглашения сторон арбитражный суд принимает решение о том, проводить ли устное слушание дела для представления доказательств или для устных прений либо осуществлять разбирательство только на основе доказательств и других материалов. Однако, кроме случая, когда стороны договорились не проводить устного слушания, арбитражный суд должен провести такое слушание на надлежащей стадии разбирательства, если об этом просит любая из сторон. Возможность проведения слушаний (устного разбирательства) и письменного разбирательства закреплено в большинстве арбитражных регламентов и основывается на основополагающих процессуальных принципах равенства и состязательности участников процесса, а также права изложить позицию перед арбитражным судом. Из этих принципов исходят и регламенты институционных арбитражей. Так, согласно ст. 35 Регламента МКАС Украины состав Арбитражного суда должен провести такое слушание на соответствующей стадии разбирательства, если об этом просит какая-либо из сторон, кроме того случая, когда стороны договорились не проводить устного слушания. В соответствии со ст. 27 (1) Регламента Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма устное слушание проводится по требованию любой из сторон или если состав арбитража посчитает таковое необходимым[1].

С учетом двух форм арбитражного разбирательства для правил арбитражной процедуры характерна определенная регламентация порядка представления различных письменных заявлений и иных документов, необходимых для разрешения спора по существу, а также порядка устных слушаний, обеспечивающего участие сторон в заседании арбитража. Так, все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон арбитражному суду, должны быть переданы другой стороне. Сторонам передаются любые заключения экспертов или другие документы доказательственного характера, на которых арбитражный суд может основываться при вынесении своего решения, а также заблаговременно направляется уведомление о любом слушании дела и о любом заседании арбитражного суда, проводимых в целях осмотра товаров, другого имущества или документов. Типовой закон ЮНСИТРАЛ предусматривает, что любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие по его постоянному местожительству или почтовому адресу. Когда таковые не могут быть установлены путем

[1] См.: http://www.sccinstitute.com/uk/Rules/

разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено в последнее известное местонахождение коммерческого предприятия, постоянное местожительство или почтовый адрес заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения. Сообщение считается полученным в день такой доставки (ст. 3). Право сторон на получение всех доказательств по делу и других процессуальных арбитражных документов перекликается с важным арбитражным принципом равенства и состязательности сторон, нарушение которого может повлечь отмену арбитражного решения.

Важным процессуальным моментом является также обеспечение быстроты и качества рассмотрения арбитражного спора, что не позволяет ни одной из сторон затягивать процесс. В связи с этим международные регламенты, Типовой закон ЮНСИТРАЛ, национальное законодательство предусматривают последствия непредставления документов или неявки стороны в заседание арбитража. Так, если в течение срока, установленного Арбитражным судом, истец без указания уважительной причины не представляет свое исковое заявление, Арбитражный суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства. Если ответчик в срок не представляет своих возражений по иску, Арбитражный суд постановляет продолжить арбитражное разбирательство на основании существующих в деле документов. Если одна из сторон, будучи должным образом уведомлена, не является в заседание без указания уважительных причин, арбитражный суд вправе продолжить разбирательство. Если одна из сторон, которой должным образом предложено представить документальные доказательства, не представляет их в установленный срок без указания уважительных причин, Арбитражный суд может вынести свое решение на основании имеющихся в его распоряжении доказательств (ст. 25).

Правила процедуры арбитражного разбирательства предусматривают условия выбора языка разбирательства. В соответствии со ст. 17 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ с соблюдением соглашения сторон арбитражный суд после его назначения незамедлительно решает вопрос о языке (языках), который должен использоваться в арбитражном процессе. Это решение относится к исковому заявлению, возражениям ответчика по иску и к любым другим письменным заявлениям, а в случае проведения устного разбирательства — к языку (или языкам), который должен использоваться в ходе такого разбирательства. Арбитражный суд может распорядиться о том, чтобы до-

кументы, приложенные к исковому заявлению или к возражениям ответчика по иску, а равно любые дополнительные документы или доказательства, представленные в ходе разбирательства на языке подлинника, сопровождались переводом на язык (или языки), о котором договорились стороны или который определен арбитражным судом.

В решении от 19 апреля 2005 г. по делу № 86 МКАС при ТПП Украины указал: «стороны не согласовали в договоре язык арбитражного рассмотрения. Учитывая, что договор, из которого возник спор, оформлен на русском языке, Арбитражный суд, руководствуясь ст. 4.7 Регламента МКАС ТПП Украины, определил языком арбитражного рассмотрения русский язык»[1].

В другом случае в решении от 6 августа 2004 г. МКАС при ТПП Украины констатировал: «правовым основанием рассмотрения дела в МКАС при ТПП Украины является п. 9.2 контракта, согласно которому в случае, если споры, могущие возникнуть в процессе выполнения настоящего Контракта, не подлежат мирному и дружескому урегулированию, они рассматриваются:

– по законодательству Украины, по месту нахождения продавца в МКАС при ТПП Украины по адресу: г. Киев, ГСП, ул. Большая Житомирская, 33;

– делопроизводство в суде ведется на английском языке.

В связи с тем, что стороны в п. 9.2 контракта языком арбитражного разбирательства определили английский язык, Арбитражный суд, руководствуясь п. 3 раздела VI Положения об арбитражных сборах и расходах, обязал истца внести аванс на оплату услуг по переводу документации Арбитражного суда на английский язык в сумме 200 долларов США в гривнах по курсу НБУ на день платежа»[2].

Арбитражные регламенты и законодательство предусматривают также и срочность арбитражного производства. В соответствии со ст. 13.2 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины срок арбитражного рассмотрения дела не должен превышать 6-ти месяцев со дня получения арбитражным судом надлежащим образом оформленного иска и суммы арбитражного сбора. Президиум МКАС по мотивированному обращению состава арбиражного суда или одной из сторон имеет право продлить этот срок.

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 155.

[2] Там же. – С. 154-155.

8. ПРИМЕНИМОЕ МАТЕРИАЛЬНОЕ ПРАВО К АРБИТРАЖУ

При рассмотрении споров международным коммерческим арбитражем большое значение имеет правильное установление применимого права, а также гражданско-правовых норм, подлежащих применению по конкретному делу.

При определении применимого права, регулирующего договорные отношения сторон, принадлежащих к разным государствам, возникает в первую очередь вопрос о том, право какого государства подлежит применению. Ввиду различий в национальных законодательствах по этому вопросу, можно привести норму Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. Хотя этот Закон не имеет прямого действия в национальной юрисдикции, однако он определенным образом суммирует практику арбитражей и отражает общие принципы, закрепленные в законодательстве различных стран.

Согласно ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ, которая озаглавлена «Нормы, применимые к существу спора», арбитражный суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора, если в нем не выражено иное намерение. Любое указание права или системы права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. При отсутствии какого-либо указания сторон арбитражный суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Арбитражный суд принимает решение в качестве «дружеского посредника» лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили его на это. Во всех случаях арбитражный суд принимает решение в соответствии с

условиями договора и с учетом торговых обычаев, применяемых к данной сделке.

Как видно из содержания приведенной статьи, определение применимого права должно основываться на принципе полного равноправия сторон. При определении применимого права приоритетное значение имеют выбор права самими сторонами, а также договорные условия той или иной международной коммерческой сделки.

Так, МКАС при ТПП Украины, рассмотрев в заседании дело по иску германской фирмы к украинскому ОАО о взыскании 52 200,78 долларов США, в том числе 39 116 долларов США — стоимости поставленного товара, 13 084,78 долларов США — штрафных санкций за нарушение сроков оплаты, установил:

Правовым основанием рассмотрения дела в МКАС при ТПП Украины явился раздел «Арбитраж» контракта № 54 от 6 мая 1999 г., согласно которому все споры и разногласия, которые могут возникнуть в ходе исполнения настоящего контракта или в связи с ним, должны быть урегулированы, по возможности, мирным путем.

Если стороны не придут к единому мнению, все споры и разногласия должны быть переданы на рассмотрение Международного Арбитражного Суда ТПП в г. Вене. Арбитраж должен проводиться в соответствии с Правилами этого суда. Применению подлежат нормы материального права Австрии. Арбитраж будет производиться на немецком языке тремя арбитрами. Решение Арбитражного суда является окончательным и обязательным для обеих сторон контракта.

Продавец вправе обратиться в МКАС при ТПП Украины в случае, если истцом в споре является продавец. Разрешение спора проводится в соответствии с Регламентом указанного Арбитражного суда. Место проведения заседаний арбитража — г. Киев. Язык арбитражного разбирательства — русский.

6 мая 1999 г. германская фирма (продавец) и украинское ОАО (покупатель) заключили контракт № 54, согласно которому истец обязался продать, а ответчик — купить средства защиты растений на общую сумму 40 896 долларов США в ассортименте и по ценам, согласованным в контракте.

По условиям платежа, предусмотренным в контракте, стороны оговорили 100 % кредит до 1 декабря 1999 г. При оплате до 1 декабря 1999 г. за каждый день досрочной оплаты возвращаются 0,03 % от заранее оплаченной суммы.

Поскольку ответчик добровольно задолженность по контракту не погасил, 20 сентября 2002 г. германская фирма обратилась в МКАС при ТПП Украины с иском к украинскому ОАО о взыскании 52 200,78 долларов США.

В заседании Арбитражного суда 21 февраля 2003 г. представители ответчика представили дополнение к отзыву на исковое заявление, в котором ответчик:

– подтвердил факт получения товара на сумму 40 896 долларов США;

– подтвердил частичную оплату в сумме 1 780 долларов США, пояснив неуплату оставшейся суммы в предусмотренный контрактом срок форс-мажорными обстоятельствами;

– дал толкование ч. 1 раздела контракта «Арбитраж», в котором стороны предусмотрели возможность передачи споров на рассмотрение Международного арбитражного суда ТПП в г. Вене с применением материального права Австрии. В результате ответчик пришел к выводу, что при выборе в данном случае применимого права стороны руководствовались принципом *1ex arbitri* (применение права той страны, в которой расположен арбитраж). В связи с этим ответчик считает, что по аналогии с ч. 1 арбитражной оговорки и с учетом принципа *1ex arbitri* при рассмотрении спора МКАС при ТПП Украины применению подлежит материальное право Украины. Применение материального права Украины ответчик обосновал также тем, что данное право знакомо Арбитражному суду, рассматривающему спор, представителю истца и ответчику.

В дополнение к отзыву ответчик представил контррасчет суммы иска.

В заседании Арбитражного суда стороны пришли к мировому соглашению, представив Арбитражному суду подписанное обеими сторонами 21 февраля 2003 г. мировое соглашение.

В соответствии со ст. 8.10 Регламента МКАС при ТПП Украины, поскольку стороны в ходе арбитражного рассмотрения урегулировали спорные вопросы, состав Арбитражного суда прекращает рассмотрение дела и по просьбе сторон фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Принимая во внимание, что:

1. Между сторонами заключен контракт № 54 от 6 мая 1999 г. Контракт не содержит ссылки на право, подлежащее применению в случае передачи спора на рассмотрение в МКАС при ТПП Украины.

2. Согласно представленному Арбитражному суду мировому соглашению, подписанному в заседании Арбитражного суда 21 февраля 2003 г.:

«Материальным правом, регулирующим контракт № 54 от 6 мая 1999 г., является материальное право Украины.

Украинское ОАО признает общую сумму долга по контракту № 54 в размере 41 284,59 долларов США (39 116,00 долларов США — основной долг, 2 168,59 долларов США — штрафные санкции).

Германская фирма отказывается от исковых требований в размере 10 916,19 долларов США и определяет задолженность украинского ОАО в сумме 41 284,59 долларов США.

Данное мировое соглашение подлежит утверждению решением МКАС при ТПП Украины и исполняется украинским ОАО немедленно...»

Руководствуясь условиями контракта № 54 от 6 мая 1999 г., статьями 161, 224 ГК УССР, статьями 30, 31 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», статьями 8.4–8.10 Регламента МКАС при ТПП Украины, п. 2 раздела V Положения об арбитражных сборах и расходах, на согласованных сторонами условиях, арбитражный суд обязал украинское ОАО немедленно после получения данного решения уплатить германской фирме 39 116 долларов США — стоимость поставленного товара, 2 168,59 долларов США — штрафные санкции за просрочку оплаты, 2 442,3 долларов США в возмещение расходов по уплате арбитражного сбора, а всего — 43 726,89 долларов США[1].

Практика арбитражей показывает, что стороны нередко заключают соглашение «о выборе права», и это не вызывает сомнений с точки зрения законодательства многих стран. При этом проблема применения права переходит преимущественно в плоскость толкования соответствующих условий сделки. Так, по трем договорам A, B, C, заключенным в разное время, ответчик продал истцу рыбную муку, разгрузка которой произведена в порту Гамбург. Все три договора содержали указания о том, что поставка производится на условиях СИФ-ФИО один из европейских портов. Вместе с тем пункт 4 общих условий поставки и расчетов, содержащихся во всех трех договорах, предусматривал, что выгрузка товара в порту назначения, включая разгрузку с судна, лихтеровку и размещение на пристани, произво-

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 95–100.

дится покупателем за свой счет и на свой риск. В первоначальном тексте договоров А и В условие поставки СИФ-ФИО один из европейских портов сопровождалось указанием на то, что выгрузка товара в порту назначения производится за счет покупателя. Это указание на выгрузку за счет покупателя было затем в обоих договорах вычеркнуто.

Договор С с самого начала не содержал дополнительного указания при формулировке СИФ-ФИО один из европейских портов.

Расходы по выгрузке товара в порту назначения были фактически оплачены истцом, который потребовал компенсации указанных расходов с ответчика. Данное требование истца было ответчиком отклонено со ссылкой на то, что истец принял на себя эти расходы. Истец предъявил во Внешнеторговой арбитражной комиссии в г. Москве иск против ответчика на сумму 108 723 марки, указанную истцом как сумму расходов по выгрузке товара по всем трем договорам. Требования истца и возражения ответчика основывались на различном толковании условия поставки СИФ-ФИО.

В мотивах решения по делу Внешнеторговая арбитражная комиссия исходила из следующего. Все три заключенных между сторонами договора предусматривают поставку на условии СИФ-ФИО один из европейских портов. Сочетание условий СИФ и ФИО в договоре купли-продажи должно, при отсутствии иного намерения сторон, означать, что взаимные права и обязанности продавца и покупателя определяются обычными положениями сделок на условии СИФ, но с правом продавца зафрахтовать судно на условии ФИО.

Такое понимание условия СИФ-ФИО Внешнеторговая комиссия посчитала полностью применимым к договору С. Применительно к этому договору в деле нет ничего, что указывало бы на наличие между сторонами какой-либо договоренности относительно иного понимания СИФ-ФИО. Наоборот, вышеуказанный пункт 4 находится в соответствии с приведенным общим толкованием.

Что же касается договоров А и В, то Внешнеторговая арбитральная комиссия нашла, что из обстоятельств дела вытекает взаимное согласие сторон придать иное толкование включенному в них условию СИФ-ФИО, по которому расходы по выгрузке товара в порту назначения должны относиться на счет продавца. Такое согласие основывается на том, что стороны вычеркнули в договорах А и В фразу «выгрузка товара в порту назначения производится за счет покупателя». Ссылки ответчика на пункт 4 общих условий поставки и расчетов

не могут быть признаны обоснованными, поскольку означенные общие условия следует применительно к данным двум договорам считать отпавшими в силу позднейшего волеизъявления сторон.

Исходя из изложенного Внешнеторговая арбитражная комиссия вынесла решение об отказе истцу в его требованиях, основанных на договоре С, на сумму 43 180 марок и об удовлетворении иска в части требований, вытекающих из договоров А и В, на сумму 65 543 марок[1].

Отсутствие соглашения сторон о применении права определенным образом осложняет рассмотрение дела. Так, в деле № 61 (решение принято 18 февраля 2003 г.) МКАС при ТПП Украины установил, что согласно разделу «арбитраж» от 10 марта 1999 г. «все споры и разногласия, которые могут возникнуть в ходе исполнения настоящего контракта или в связи с ним, должны быть урегулированы по возможности мирным путем».

Если стороны не придут к единому мнению, все споры и разногласия должны быть переданы на рассмотрение Международного Арбитражного Суда ТПП в г. Вене. Арбитраж должен проводиться в соответствии с Правилами этого суда. Применению подлежат нормы материального права Австрии. Арбитраж будет производиться на немецком языке тремя арбитрами. Решение Арбитражного Суда является окончательным и обязательным для обеих сторон контракта.

Продавец вправе обратиться в МКАС при ТПП Украины в случае, если истцом в споре является продавец. Разрешение спора проводится в соответствии с Регламентом указанного Арбитражного суда. Место проведения заседаний арбитража — г. Киев. Язык арбитражного разбирательства — русский.

Ответчик в ходе арбитражного разбирательства ссылался на нормы материального права Украины.

Истец признал ссылку ответчика на нормы материального права Украины необоснованной, сославшись на то, что вторая часть арбитражной оговорки соглашения не определяет применимое материальное право в случае возникновения спора. Поэтому в соответствии со ст. 6 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» от 16 апреля 1991 г. № 959-ХП применимым правом в данном случае является материальное право истца (продавца), т. е. материальное право Германии.

[1] Арбитражная практика: Часть IV: Решения Внешнеторговой арбитражной комиссии 1969–1970 гг. – М., 1976. – С. 24–26.

Арбитражный суд пришел к выводу, что в контракте отсутствует соглашение сторон о применимом праве при рассмотрении дела МКАС при ТПП Украины.

В связи с этим на основании ч. 2 ст. 28 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» подлежит применению право, определенное Арбитражным судом согласно коллизионным нормам, которые он считает применимыми.

Арбитражный суд считает применимыми к существу спора нормы материального права Германии, поскольку согласно ст. 6 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» при отсутствии соглашения между сторонами относительно права, которое должно применяться к внешнеэкономическим договорам (контрактам), применяется право страны, где учреждена сторона, являющаяся продавцом в договоре купли-продажи, каковой является германская фирма[1].

При отсутствии соглашения сторон «о выборе права», подлежащего применению к договору, критерием для установления применимого права является место заключения договора. По общему правилу, права и обязанности сторон по внешнеторговым сделкам определяются по законам места их заключения. Возникновение и прекращение права собственности на вещи по внешнеторговой сделке определяется законом места ее заключения, если иное не установлено соглашением сторон. Право собственности на вещь, которая находится в пути по внешнеторговой сделке, определяется по закону страны, из которой эта вещь отправлена, если иное не установлено соглашением сторон (Закон Украины «О международном частном праве», раздел V).

Вопрос о месте заключения договора не вызывает трудностей в тех случаях, когда в нем содержится указание о месте его заключения. В тех же случаях, когда в договоре таких указаний нет, этот вопрос решается на основании законодательства той или иной страны, предусматривающего, с какого момента договор считается заключенным. Чаще всего вопрос о месте заключения договора возникает в случае, когда договор оформляется не как единый документ, подписываемый сторонами, а путем переписки (договор между отсутствующими) и в документах не обусловлено, что местом заключения договора признается определенная страна (город).

[1] Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И. Г. Побирченко. – К., 2006. – С. 94–95.

В национальных законодательствах вопрос о моменте заключения договора решается по-разному. В соответствии с ГК Украины договор считается заключенным, когда между сторонами достигнуто соглашение по всем существенным условиям (ст. 638). Если договор заключается путем посылки предложения о его заключении (оферты) и принятия (акцепта) этого предложения, то он считается заключенным, когда получен акцепт стороной, сделавшей оферту (ст. 640).

В мотивах решения по одному из дел Внешнеторговая арбитражная комиссия рассмотрела вопрос о праве, в соответствии с которым подлежит рассмотрению данный спор. Комиссия пришла к заключению, что к спорным правоотношениям должно быть применено болгарское право, как право места заключения договора, и что в данном случае право на иск погашалось общим пятилетним сроком исковой давности, установленным ст. 110 Закона об обязательствах и договорах Болгарии. Учитывая, что исковое заявление подано в пределах подлежащего применению пятилетнего срока исковой давности, Внешнеторговая арбитражная комиссия приняла указанное заявление ответчика и перешла к рассмотрению существа спора[1].

Самостоятельным аспектом определения права является правильное применение конкретных гражданско-правовых норм по делу. Этот аспект для арбитража не представляет особой сложности и сводится к правильной юридической квалификации спорных правоотношений и разрешению дела. Хотя проблема правильного применения конкретных норм права в деятельности арбитража не носит столь распространенного характера, однако она все-таки возникает. Так, организация предъявила иск к западногерманской фирме. Как указывалось в исковом заявлении, этой организацией и авторами-фотографами был заключен договор о предоставлении фирме цветных слайдов. Ответчик был обязан до конца 1977 г. отобрать 150 слайдов и оплатить их стоимость истцу не позднее чем через четыре недели после этого. Кроме того, согласно договору ответчик имел право приобрести все представленные ему слайды сверх 150 штук. Договор предусматривал передачу споров между истцом и ответчиком на рассмотрение Внешнеторговой арбитражной комиссии в г. Москве.

В соответствии с договором истцом было направлено 688 слайдов, включая обязательные 150 штук. Однако сумма, причитающаяся с ответчика за 150 штук слайдов, была оплачена им не полностью и

[1] Арбитражная практика: Часть II: Решения Внешнеторговой арбитражной комиссии 1951–1958 гг. – М., 1972. – С. 89–94.

считались невыплаченными 5 500 марок ФРГ, о взыскании которых и предъявлен иск.

Поскольку договор между сторонами был заключен в г. Москве, комиссия признала подлежащим применению право места заключения договора.

Как установил арбитраж, ответчик, в принципе, не оспаривал своей обязанности уплатить истцу спорную сумму, однако заявил, что эта сумма уже оплачена. По утверждению же истца, спорная сумма им не была получена. В связи с необходимостью разрешения вопроса о прекращении обязательства арбитраж вынужден был обратиться к конкретным статьям ГК РСФСР.

В силу ст. 228 ГК РСФСР обязательство прекращается, если оно исполнено надлежащим образом. В соответствии со ст. 174 ГК РСФСР местом исполнения денежного обязательства, если иное не предусмотрено договором, является место нахождения кредитора. В ст. 4 заключенного между сторонами договора предусматривается, что причитающиеся с ответчика суммы переводятся на счет истца в Банк для внешней торговли в г. Москве. Следовательно, местом исполнения спорного обязательства является г. Москва. Поскольку кредитор не получил причитающейся ему суммы, обязательство должника не может считаться исполненным надлежащим образом и прекращенным. Исходя из этого Внешнеторговая арбитражная комиссия иск удовлетворила[1].

В практике внешней торговли стороны могут уполномочить арбитраж принять решение по делу в качестве «дружеского посредника» по справедливости. Возможность принятия решения по справедливости трактуется по-разному. Крайняя точка зрения сводится к тому, что при наличии оговорки о справедливости арбитраж не связан применимым правом, нормами права, подлежащими применению по конкретному делу. К сожалению, этот вопрос не получил надлежащего освещения в литературе, поэтому вряд ли можно говорить и о наличии достаточных данных практики арбитражей. Представляется, что разрешение дела по справедливости должно осуществляться в пределах права и оговорка о справедливости не означает, что арбитраж может игнорировать право. К. Шмиттгофф отмечает, что оговорка, направленная на предоставление ему таких полномочий, была бы ничтожной. Она означает, что при толковании права и договора

[1] Арбитражная практика: Часть X: Решения Внешнеторговой арбитражной комиссии 1979–1981 гг. – М., 1984. – С. 80.

между сторонами арбитр будет выступать с позиции здравого смысла и не будет связан юридическими тонкостями[1].

В практике международных коммерческих арбитражей нередко в решениях встречаются ссылки на торговые обычаи. Обычаи играют существенную роль в сфере правового регулирования международной торговли. В Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, которая была принята на проходившей в Вене с 10 марта по 11 апреля 1980 г. Конференции ООН, обычаям посвящена ст. 9 следующего содержания: «1. Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях. 2. При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли».

В ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, ст. 38 Арбитражного регламента ЕЭК предусматривается, что наряду с применимым правом арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями. Аналогичные положения содержатся и в других документах по арбитражу. Поскольку в практике международной торговли сформировалось достаточно много обычных правил, которые в разной степени «вписываются» в национальные правовые системы, международные организации принимают усилия к их унификации. Так, Международной торговой палатой разработаны унифицированные правила по толкованию торговых терминов «Инкотермс», общие условия и типовые контракты ЕЭК ООН и др.

В связи с этим возникает вопрос о правовой природе обычаев и пределах применения обычных правил при разрешении споров арбитражем. Данный вопрос в доктрине и практике решается по-разному. По нашему мнению, обычные правила должны применяться в той степени, в какой они соответствуют национальному правопорядку или признаны сторонами в договоре. Стремление же трактовать обычаи безотносительно к применимому праву и их признанию тем или иным государством представляется необоснованным, так как предполагает возможность неприменения национального права. По природе арбитраж не имеет «наднационального» или «вненационально-

[1] Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М., 1993. – С. 347.

го» характера. Более того, в значительной степени его статус определяется национальным законодательством. Достаточно отметить, что при обращении решения арбитража к принудительному исполнению национальные суды осуществляют контроль за правильностью решения. Согласно Закону Украины «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение может быть отменено судом, если суд определит, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Украины (ст. 34).

Следует позитивно оценить правотворческую практику тех государств, которые официально подтверждают признание тех или иных обычных правил в сфере международной торговли. Так, Указ Президента Украины от 4 октября 1994 г. «О мерах по упорядочению расчетов по договорам, которые заключают субъекты предпринимательской деятельности» предусматривает, что при заключении субъектами предпринимательской деятельности Украины всех форм собственности договоров, в том числе внешнеэкономических договоров (контрактов), предметом которых являются товары (работы, услуги), применяются Международные правила толкования торговых терминов (ИНКОТЕРМС), подготовленные Международной торговой палатой в 1953 г. Субъекты предпринимательской деятельности Украины при заключении внешнеэкономических договоров (контрактов) должны соблюдать Правила ИНКОТЕРМС[1].

Правовые обычаи применяются в практике арбитражей. Так, 28 января 1966 г. между фирмой «Доменико Джанфлоне» и В/О «Экспортлес» был заключен договор купли-продажи, по которому объединение обязалось поставить фирме лесоматериалы в количестве 215 стандартов из Игарки СИФ Торре Аннунциата, Италия. 15 августа 1966 г. в соответствии с транспортными условиями договора объединение подписало чартер на перевозку указанного груза на дизель-электроходе «Цимлянскгэс», принадлежащему Мурманскому морскому пароходству. Договор и чартер предусматривали разгрузку лесоматериалов в порту назначения за счет получателя и его средствами «по средней норме 35 стд. на рабочий люк за погожий рабочий день», с исключением из сталийного времени воскресных и праздничных дней. Ставка демереджа была установлена в 2 англ. шиллинга за брутто-регистровую тонну судового тоннажа.

По прибытии дизель-электрохода «Цимлянскгэс» в порт сталийное время начало исчисляться 17 октября 1966 г. в 13 час. 00 мин.

[1] Урядовий кур'єр. – № 154–155. – 1994. – С.4.

Разгрузка была закончена 28 октября в 16 час. 00 мин. Судно имело пять люков. Капитан судна исчислил сталию на основе средней судосуточной нормы разгрузки, что дало 5 суток 12 час. 45 мин. Поскольку разгрузка была выполнена за 7 суток 20 час. 45 мин., то, по подсчетам капитана, налицо была контрсталия в 2 суток 8 час. 00 мин.

Еще до окончания разгрузки капитан потребовал оплаты демереджа, заявив, что в противном случае он прекратит разгрузку. После уточнения суммы капитан получил в порядке оплаты демереджа от фирмы 678 436 итал. лир.

В исковом заявлении, направленном во Внешнеторговую арбитражную комиссию в г. Москве, фирма утверждала, что демередж был получен неправомерно и что сталию следовало исчислять не на основе средней судо-суточной нормы путем умножения указанной в договоре нормы на число судовых люков, а по количеству груза в наибольшем трюме. При этом сталия должна составлять не 5 суток 12 час. 45 мин., а 7 суток 6 час. 00 мин. Отсюда, по мнению фирмы, при разгрузке никакой контрсталии не было. Поэтому фирма просит арбитраж обязать пароходство или объединение вернуть ей не должно полученную сумму демереджа. В обоснование своего понимания принципа расчета нормы выгрузки по количеству груза в наибольшем трюме фирма ссылалась на труды Скраттона «О чартер-партиях и коносаментах», Хуго Тильбера «Право демереджа» и Доменико Попаньо «Морская перевозка грузов».

В возражениях по существу исковых требований пароходство указало, что демередж был получен правомерно, согласно условиям договора. Кроме того, в обосновании своей позиции, касающейся принципов расчета нормы разгрузки, пароходство ссылалось на книгу Дж. Бэса «Условия фрахтования и судоходства».

Объединение в своих возражениях просило Внешнеторговую арбитражную комиссию исключить его из числа ответчиков, поскольку претензии относительно демереджа в порту выгрузки должны регулироваться непосредственно между покупателем и судовладельцем.

В мотивах решения по вопросу о том, надлежит ли сталийное время определять на основе средней нормы, исчисленной путем умножения указанной в договоре нормы разгрузки на количество судовых люков (точка зрения фирмы), или же по количеству груза в наибольшем трюме (точка зрения пароходства и объединения), Комиссия указала, что практика исходит из того, что коль скоро договор предусматривает «среднюю норму» на люк, то определение продол-

жительности сталийного времени должно производиться из расчета количества люков, имеющихся на судне. Эта точка зрения находила свое выражение во многих решениях Комиссии. Той же «системы умножения» придерживается в своей практике и Морская арбитражная комиссия в г. Москве, как это отмечалось, например, в «Годовом отчете» за 1966–1967 гг. Балтийской и Международной морской конференции (с. 91–92). На указанном принципе основывается также американская, египетская, польская арбитражная практика, приводимая в названном отчете.

Учитывая принятую в международной морской практике «систему помножения», Комиссия нашла, что если бы стороны намеревались в данном случае применить принцип определения стадии на основе количества груза в наибольшем трюме, то чартер должен был бы содержать соответствующую оговорку. По этим основаниям в иске итальянской фирмы «Доменико Джанфлоне» к Мурманскому морскому пароходству и ВО «Экспорт-лес» было отказано[1].

[1] Арбитражная практика: Часть V: Решения Внешнеторговой арбитражной комиссии 1966 – 1968 гг. – М., 1975. – С. 196 – 201.

9. ПРАВО, ПРИМЕНИМОЕ К АРБИТРАЖНОМУ ПРОЦЕССУ (LEX ARBITRI)

Применимое право в контексте доктрины автономности арбитражного соглашения. В теории арбитража право, применимое к арбитражной оговорке, всегда рассматривается отдельно от права, применимого к существу спора. Это правило опирается на доктрину автономности арбитражного соглашения, закрепленную в арбитражном законодательстве большинства государств. Одним из источников правового закрепления этой доктрины является Типовой закон ЮНСИТРАЛ, ст. 16 которого предусматривает, что 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 jure* недействительности арбитражной оговорки.

В деле МТП № 5029 две французские и две египетские компании заключили договор о создании совместного товарищества, целью которого было осуществление определенного проекта в Египте. Применимым правом к договору было выбрано право Египта; согласно арбитражному соглашению возможные споры должны были разрешаться в соответствии с правилами МТП. Когда между сторонами возник спор, Международный арбитражный суд при МТП согласно ст. 12 регламента[1] выбрал местом проведения арбитража Нидерланды, а правом, применимым к арбитражному процессу, голландское право, как право места арбитража. Ответчик же настаивал на том, что по-

[1] Статья 14 действующего регламента; Правила МТП (см.: http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4424/index.html).

ложение договора о применимом праве относилось как к основному договору, так и к арбитражному соглашению. Следовательно, по мнению ответчика, процессуальным правом должно было быть право Египта. В своем предварительном решении по делу арбитражный трибунал определил: «международный характер договора несовместим с утверждением ответчика о том, что стороны имели намерения подчинить свой спор внутреннему домашнему арбитражу. Такое намерение не может вытекать из положения договора о применимом праве …, так как параграф 67 соглашения (арбитражная оговорка) содержит ссылку на правила МТП и, следовательно, предполагает противоположное. Практически во всех правовых системах мира принято отличать право, применимое к существу спора, и процессуальное право. Это отличие также признано и в международном частном праве Египта. В то время как ст. 19 Гражданского кодекса Египта относится к праву, применимому к существу спора, ст. 22 посвящена праву, применимому к процессу. Соответственно, если бы стороны имели намерение, чтобы их спор подчинялся процессуальному праву Египта, они должны были заключить об этом специальное соглашение. Статья 5 (1) (b) (положение о применимом праве к существу спора) не является таким соглашением, так как она не содержит указания о том, что спор должен рассматриваться в соответствии с правом Египта. В отсутствие такого соглашения к спору применяется право места арбитража»[1].

Важно подчеркнуть, что право, применимое к арбитражной оговорке, и право, применимое к существу спора, имеют разное предназначение. В то время когда право, применимое к существу спора, относится к материальной стороне договора, право, применимое к арбитражной оговорке, в большей степени является процессуальным правом. Следовательно, оно может регулировать такие процессуальные вопросы, как, например: а) понятие и форма арбитражного соглашения, б) возможность подчинения спора арбитражу (арбитрабильность спора), в) правила назначения арбитражного трибунала, г) отвод арбитров, д) меры обеспечения иска, е) требования к форме искового заявления, а также к форме отзыва на исковое заявление, ж) правила проведения слушаний, з) допустимость доказательств, и) возможность участия третьих лиц в процессе, к) требование к форме арбитражного решения и т. д. Также право, применимое к

[1] Interim ICC Award of July 16 1986 in case № 5029 // Yearbook of Commercial Arbitration. – 1987. – XII. – P. 112.

арбитражной оговорке, может затрагивать вопросы публичного порядка. Например, ст. 6 Арбитражного Акта Швеции 1999 г. устанавливает: «Когда спор между частной организацией и потребителем касается товаров, услуг или другой продукции, главным образом предназначенной для личного пользования, — в таком споре стороны не могут полагаться на арбитражное соглашение (спор является неарбитрабильным), если оно заключено до момента возникновения спора»[1].

Тем не менее, в отличие от права, применимого к существу спора, процессуальное право редко прямо определяется сторонами. Этот фактор создает определенные трудности, так как арбитрам приходится самостоятельно делать выбор, анализируя намерения сторон при заключении соглашения. Неслучайно нами обращено внимание на то, что процессуальное право редко «прямо определяется» сторонами, так как на практике не часты случаи, когда стороны в своем арбитражном соглашении непосредственно указывают, что процессуальным правом арбитража будет, к примеру, право страны «Х». Чаще всего, если стороны и сделали выбор относительно процессуального права, это может быть путем определения регламента арбитражного процесса, как это было в рассмотренном выше примере. При этом, в случае нехватки в регламенте процессуальных норм, арбитрам все же придется обращаться к национальному праву, определенному ими как право арбитражного процесса.

Право, выбранное сторонами. В теории арбитража существенное место занимает принцип автономии воли сторон арбитражного процесса. Этот принцип также закреплен в арбитражном законодательстве развитых правовых государств и заключается в свободе сторон договориться о процедуре ведения разбирательства арбитрами[2]. Следует отметить, что принцип автономии воли сторон был внедрен в арбитраж пп. «d» п.1 ст. V Нью-Йоркской конвенции. Согласно этой статье в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той

[1] См.: http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/skiljedomslagen_eng.html

[2] См.: ст. 19 (1) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

страны, где имел место арбитраж[1]. Таким образом, первым источником процессуального права арбитража является право, выбранное сторонами.

Если это право не идентично *lex loci arbitri*[2] в процессе рассмотрения спора могут возникнуть, по крайней мере, две проблемы: 1) коллизия между правом, выбранным сторонами, и публичным порядком страны проведения арбитража; 2) возможность обжалования решения или действия арбитражного трибунала в суде места проведения арбитража.

Что касается первой проблемы, то она затрагивалась выше, когда речь шла о так называемом универсальном публичном порядке. Согласно этой концепции арбитражный процесс должен соответствовать международным требованиям о честности, справедливости, равноправии сторон арбитражного процесса. По мнению Гари Борна, каждая юрисдикция, безусловно, навязывает свои стандарты «должного процесса». Тем не менее, в большей степени они соответствуют международным критериям справедливости, в частности, из-за желания национальных судов освободить международный арбитражный процесс от местных требований[3].

Что касается второй проблемы, то ситуация складывается иным образом, и для ее иллюстрации рассмотрим следующий пример. Представим, что стороны выбрали местом арбитража Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП Украины, при этом указав английское право как право, применимое к арбитражной оговорке. В этой ситуации, даже если арбитры владеют необходимыми знаниями английского процессуального права, возникает вопрос, как быть в случае, если одной из сторон понадобится обратиться в украинский государственный суд с заявлением о принятии мер по обеспечению иска или с обжалованием арбитражного решения? Трудно представить, что для решения этой проблемы судьям придется вникать в процессуальное право страны другой системы права. Следовательно, подобная позиция сторон соглашения может им «дорого стоить». Если же стороны, помимо выбора процессуального права, решат еще и определить

[1] The New York Convention – on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (см.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

[2] Lex loci arbitri (lex fori) – право места арбитража. В теории арбитража понятие «место арбитража» означает место, где *de jure* было вынесено решение, оно определяет так называемую «национальность решения».

[3] Born G. B. International Commercial Arbitration, 2nd. ed. – Kluwer Law and Taxation Publishers: The Hague, London, New York, 2001. – P. 436.

регламент, отличающийся от регламента выбранного ими суда, они вообще рискуют создать «патологичную» арбитражную оговорку. К этому следует также добавить, что некоторые арбитражные институты рассматривают споры исключительно в соответствии со своим регламентом. Так, например, ст. 15 регламента МТП устанавливает: «При рассмотрения дела *состав арбитража руководствуется настоящим регламентом*, а там, где его положений недостаточно, любыми правилами, которые установили стороны (или состав арбитража в случае их отсутствия), ссылаясь при этом или не ссылаясь на национальный процессуальный закон, применяемый к арбитражу»[1].

Таким образом, благодаря принципу автономии воли, стороны арбитражного соглашения формально обладают необходимой процессуальной свободой для установления своих правил рассмотрения спора. Однако на практике неразумное распоряжение этой свободой может привести к нежелательным последствиям: созданию «патологичной» арбитражной оговорки или к усложнению арбитражного процесса. Как показывает один из приведенных ниже примеров, иногда арбитры разными способами пытаются уйти от созданной сторонами сложнейшей ситуации — коллизии между правом, установленным сторонами, и правом места арбитража. С одной стороны, создается видимость пренебрежения выбором сторон, но, с другой стороны, решение трибунала можно рассматривать и как попытку реабилитации «патологичной» арбитражной оговорки. Для иллюстрации роли сторон при определении *lex arbitri* мы предлагаем два примера, в первом из которых арбитры приняли выбор сторон относительно процессуального права, а во втором — отказали сторонам.

Так, в деле МТП № 7626 от 1995 г.[2] австрийская сторона «А» заключила договор с австрийской стороной «Б» о предоставлении последней технического содействия. Местом арбитража была выбрана Англия, спор должен был рассматриваться в соответствии с правилами МТП. Спорный процессуальный вопрос заключался в допустимости в качестве доказательства по делу определенных дневников, имеющихся у работников «А». Несмотря на то, что сторона «Б», ссылаясь на Индийский Акт о Доказательствах[3], возражала против применения в деле

[1] См.: http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4424/index.html

[2] Final Award in ICC case №7626 of 1995 //Yearbook of Commercial Arbitration. – 1997. – XXII. – P. 132.

[3] Принят британским парламентом в 1872 году, устанавливает правила допустимости доказательств в индийских судах (см.: http://www.britannica.com/eb/article-9000906/Indian-Evidence-Act).

дневников, арбитражный трибунал определил, что согласно полномочиям, предоставленным арбитрам актом о полномочиях арбитров[1], а также в соответствии с правилами МТП трибунал имеет право самостоятельно определять, какие доказательства должны быть допустимы в процессе. Согласно решению трибунала дневники были приняты как вспомогательное доказательство, а Индийский Акт о Доказательствах был признан не имеющим отношения к делу.

В деле *Union of India* против *McDonnell Douglas Corporation*[2] стороны заключили соглашение, согласно которому ответчик взял на себя обязательства по запуску космического спутника. В своем договоре стороны определили индийское право как право, применимое к существу спора; в арбитражном соглашении стороны договорились о процедуре назначения арбитров и о том, что спор будет рассматриваться в соответствии с Арбитражным Актом Индии 1940 г. Местом арбитража был выбран Лондон. В то время как истец настаивал на том, что арбитражное соглашение прямо указывает на выбор индийского процессуального права, ответчики настаивали на том, что выбор места арбитража определяет процессуальное право. В своем решении арбитражный трибунал пришел к выводу: несмотря на то, что стороны в арбитражной оговорке договорились о применимом к ней праве, в действительности они не выбрали процессуальное право. По мнению трибунала, в арбитражной теории существует три вида права: право, применимое к существу спора; право, применимое к арбитражной оговорке (регулирует внутренние процессуальные вопросы; не должно противоречить процессуальному праву); процессуальное право (относится, например, к взаимодействию арбитражного процесса с государственными судами). Так как в деле стороны прямо не определили процессуальное право, арбитражному трибуналу представилась возможность сделать выбор самостоятельно. Сославшись на некоторые авторитетные источники[3], арбитражный трибунал пришел к выводу, что процессуальное право в этом деле определяет место арбитража, следовательно, — это английское право.

Право, применимое к основному договору. В отношении возможности применения права договора в случае отсутствия указания

[1] См. ст. 18 Регламента МТП.

[2] Union of India v. McDonnell Douglas Corporation // Lloyd's Law Report. – 1993. – Vol. 2. – P. 48.

[3] См.: Bank Mellat v. Helliniki Techniki SA [1984] // Q.B. – Vol. 1. – P. 301; Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed. – London: Sweet & Maxwell, 1999. – P. 93.

сторон на процессуальное право спора ведется дискуссия. Главным препятствием в применении этого права, как уже отмечалось выше, является доктрина автономности арбитражного соглашения. Однако, по мнению некоторых теоретиков, арбитражная оговорка является частью договора, следовательно, к ней может применяться положение договора о применимом праве.

Так, гипотеза о том, что к арбитражной оговорке может применяться такое же право, как и к общему контракту, была подтверждена решением английского суда в деле *Sonatrach Petroleum Corporation* (*BVI*) против *Ferrell International Ltd*: «Если договор содержит прямую ссылку на применимое право, а арбитражное соглашение не содержит отдельного выбора права, то это вполне естественно, что к арбитражному соглашению применяется право основного договора»[1]. По мнению одного из французских авторов, автономность арбитражного соглашения от основного договора не означает, что они полностью независимы один от другого, доказательством чему является факт того, что принятие условий по основному договору закрепляет принятие арбитражной оговорки без каких-либо других формальностей[2]. Здесь следует подчеркнуть, что, допуская возможность распространения на арбитражную оговорку права, применимого к общему договору, ни в одном из приведенных выше примеров сама доктрина автономности арбитражного соглашения не отрицается. Сторонники рассматриваемой теории признают автономность права арбитражного соглашения, при этом, в отсутствие выбора сторон, они в качестве источника *lex arbitri* допускают применение права главного договора.

По мнению других исследователей этого вопроса, в случае отсутствия ссылки сторон на процессуальное право спора право основного договора является лишь одним из вариантов для трибунала вместе с правом места арбитража. Так, не обходя стороной доктрину автономности арбитражного соглашения, коллектив английских авторов пришел к выводу, что настоящий выбор «…состоит между правом места арбитража и правом, применимым к контракту в целом»[3]. Гари Борн считает, что выбор права, применимого к арбитражному соглашению, между сторонами (при отсутствии прямой

[1] Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd. // All E.R. (Comm.P). – 2002. – Vol. 1. – P. 627.

[2] Derains // The ICC International Court of Arbitration Bulletin. – Vol. 6, № 1. – P. 16–17.

[3] Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and practice of international commercial arbitration, 4th ed. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – P. 149.

договоренности) обычно требует рассмотрения двух главных альтернатив — права, применимого к существу спора, или права страны, где имеет место арбитраж[1].

Некоторые теоретики придерживаются того мнения, что доктрина автономности арбитражного соглашения все же не позволяет распространять право основного договора на арбитражную оговорку. При этом основным источником процессуального права они считают *lex loci arbitri*. Эта позиция на сегодняшний день является наиболее распространенной и подкреплена значительным количеством прецедентов.

Lex loci arbitri. Подпункт «d» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции одним из условий возможного отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения называет несоответствие его закону той страны, где имел место арбитраж. Следовательно, закон страны проведения арбитража или *lex loci arbitri* является важным потенциальным источником права, применимого к арбитражной оговорке.

Некоторые национальные арбитражные законы содержат положения либо о возможности делегирования сторонами арбитражному трибуналу полномочий по определению права арбитража, либо прямо говорят о том, что в случае отсутствия ссылки сторон на право, применимое к процессу, применяется право места рассмотрения спора. Например, согласно ст. 48 Арбитражного акта Швеции 1999 г., если арбитражное соглашение имеет международную связь, право, оговоренное сторонами, должно применяться к этому соглашению. В случае, если стороны не достигли такой договоренности, к арбитражному соглашению применяется право страны, в которой, согласно соглашению, процедура имеет место или будет иметь место[2]. При этом, по мнению известного шведского теоретика права Ф. Мэдсена, если для арбитров установить намерение сторон соглашения в отношение места арбитража представляется невозможным, процессуальное право будет установлено при помощи коллизионных норм и процессуального права Швеции[3].

Дж. Петрокилос отметил, что за последнее время теория места арбитража наиболее убедительно и исчерпывающе была изложена Ф. Манном. В соответствии с мнением Ф. Манна, само понятие «международный арбитраж» является неправильным. Каждый арби-

[1] Born G. B. International Commercial Arbitration, 2nd. ed. – Kluwer Law and Taxation Publishers: The Hague, London, New York, 2001. – P. 111 (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[2] См.: http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/skiljedomslagen_eng.html

[3] Madsen F. Commercial Arbitration in Sweden, 2 ed. – Oxford University Press, 2006. – P. 288.

траж принадлежит к определенной системе национального права[1]. Сам же Дж. Петрокилос утверждает, что влиятельная система местного права навязывает себя независимо от воли сторон. Это право (*lex arbitri*) не может быть ничем иным, как правом места арбитража, где трибунал фактически выносит решение или намеревается вынести свое решение. Другими словами, *lex arbitri* — это *lex loci arbitri*[2].

В поддержку указанной теории выдвигаются следующие аргументы: 1) удобство — ни один государственный суд не может осуществлять всесторонний и эффективный контроль за арбитражным процессом; 2) уважение к суверенитету государства — любое действие, происходящее на территории государства, должно быть подконтрольно его юрисдикции; 3) близкая связь — право места арбитража имеет наиболее близкую связь с арбитражным процессом; 4) источник коллизионных норм — право места арбитража является единственным источником коллизионных норм для арбитров[3].

Что касается некоторых контраргументов в отношении теории *lex loci arbitri*, то Дж. Петрокилос обратил внимание на следующие обстоятельства. Во-первых, из-за ряда причин территориальная связь не всегда является столь важной, так как арбитражный процесс от начала и до конца редко проходит в одной юрисдикции. Часто случается, что слушанья по делу проходят в разных странах, решение принимается обменом письмами. В этой ситуации, по мнению автора, сложно определить истинное место арбитража. Следовательно, территориальность арбитражного решения становится юридической фикцией, а уважение к суверенитету государства не имеет отношения к делу. Во-вторых, поскольку место арбитража — это часто нейтральное государство, не являющееся домицилием ни одной из сторон, соответственно, это государство не может иметь прямого интереса в арбитражном процессе, а также в защите прав сторон арбитража. Для страны — места арбитража значение может иметь лишь соблюдение в процессе элементарных принципов справедливости и равенства, чтобы не уронить престиж своей правовой системы. В-третьих, арбитры вершат правосудие не в силу делегирования им этого права государством, а в результате доверия им этих полномочий сторонами процесса[4]. Интересно отметить,

---

[1] Mann F. // Arbitration International. – 1986. – Vol. 2. – P. 241, 246.

[2] Petrochilos G. Procedural Law in International Arbitration. – New York: Oxford University Press, 2004. – P. 22.

[3] См.: Mann F. // Arbitration International. – 1986. – Vol. 2. – P. 245–247, 253.

[4] Petrochilos G. Procedural Law in International Arbitration. – New York: Oxford University Press, 2004. – P. 22–30.

что согласно решению Верховного суда США «Международный арбитражный трибунал не несет обязательств в верности правовым нормам конкретной страны; следовательно, он не имеет прямой обязанности отстаивать их обязательные предписания. Трибунал … обязан приводить в исполнение намерения сторон …»[1] Таким образом, арбитражный трибунал не имеет прямой зависимости от страны, где проходит арбитраж. Следует отметить, что в отношении суждения Ф. Манна о существенной роли *lex loci arbitri* Дж. Петрокилос пояснил, что позиция Ф. Манна должна восприниматься не как защита территориальности (арбитражного процесса), а как призыв к правовой определенности»[2].

Абстрагируясь от теоретических взглядов на роль *lex loci arbitri* в определении процессуального права, необходимо отметить, что на практике право места арбитража применяется довольно часто. Помимо приведенных выше примеров, дело *Bulbank*[3], на наш взгляд, также свидетельствует об этом. В нем одним из спорных вопросов была действительность арбитражного соглашения. В своем решении Верховный суд Швеции определил: поскольку стороны не договорились о применимом праве к арбитражному соглашению, вопрос о действительности арбитражного соглашения должен быть разрешен в соответствии с правом страны, где имеет место арбитражный процесс, то есть в соответствии с правом Швеции.

В деле МТП № 6162[4] арбитражный трибунал также вынес решение в пользу *lex loci arbitri*. В этом деле основной договор содержал арбитражную оговорку с местом арбитража в Женеве согласно регламенту МТП. Применимым правом к существу спора было выбрано право Египта. Ответчик утверждал, что арбитражное соглашение было недействительным в соответствии со ст. 502 (3) Закона Египта «О гражданском и коммерческом процессе». Арбитражный трибунал пришел к выводу, что право Швейцарии, как право места арбитража, а не право, применимое к существу спора, было правом, определяющим форму и действительность арбитражного соглашения.

Право места проведения процессуальных действий, право места заключения договора. В случае отсутствия соглашения сторон

[1] Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plimouth, Inc, 473 US 614,636 (1985) (см.: http://www.westlaw.com).

[2] Petrochilos G. Procedural Law in International Arbitration. – New York: Oxford University Press, 2004. – P. 25.

[3] Supreme Court, 27 October 2000, Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. AI Trade Finance Inc, 15 (11) Mealey's IAR B 1 (2000), 13 (1) WTAM 147 (2001).

[4] Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and practice of international commercial arbitration, 4th ed. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – P. 149–150.

о праве, применимом к арбитражному соглашению, право места проведения процессуальных действий, как и право места заключения договора, обычно не рассматриваются в качестве возможного источника *lex arbitri*. П. 2 ст. 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ устанавливает: «арбитражный суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в любом месте, которое он считает надлежащим для проведения консультаций между его членами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон либо для осмотра товаров, другого имущества или документов». При этом, как уже отмечалось, место проведения указанных в п. 2 ст. 20 процессуальных действий следует отличать от места арбитража. Место проведения процессуальных действий может каждый раз меняться и зависит от фактора удобства для всех участников процесса. Следует отметить, что подобная п. 2 ст. 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ норма закреплена в большинстве арбитражных законов и регламентов.

Право места заключения договора не используется в качестве источника процессуального права, так как, по нашему мнению, оно никак не определяет намерения сторон арбитражного соглашения. Более того, в современной коммерции место заключения международного контракта не всегда представляется возможным установить. Часто случается так, что переговоры ведутся в разных местах, соглашения заключаются путем обмена электронными письмами и факсами.

Теория делокализации. В основе теории делокализации, одним из основоположников которой является профессор Фраджистая, лежит принцип автономии воли сторон. Сторонники этой теории отрицают возможность влияния какого-либо национального права на арбитражный процесс и считают, что «международный коммерческий арбитраж был в достаточной мере урегулирован своими собственными правилами, которые либо были установлены сторонами (как проявление их автономности), либо определены самим арбитражным трибуналом»[1]. Согласно их утверждениям, ни одна местная юрисдикция не имеет эксклюзивной власти «ратифицировать» арбитражное решение; более того, заключение о действительности арбитражного решения вообще не является необходимым[2]. Следует отметить, что

[1] Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and practice of international commercial arbitration, 4th ed. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – P. 106–107.

[2] Petrochilos G. Procedural Law in International Arbitration. – New York: Oxford University Press, 2004. – P. 211.

последний вывод основывается на пп. «е» п.1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, в которой говорится: «В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется». Таким образом, фраза «может быть отказано», по мнению приверженцев теории делокализации, говорит о возможном исполнении арбитражного решения даже в случае его отмены судом страны рассмотрения спора. На сегодняшний день в отношении такого рода трактовки ст. V Нью-Йоркской конвенции в арбитражном мире ведутся дискуссии.

По мнению Дж. Петрокилоса, например, смысл ст. V Нью-Йоркской конвенции меняется, если сделать ударение не на фразу «может быть отказано», а на фразу «только если»[1]. Один из авторов проекта Нью-Йоркской конвенции отметил, что если решение было отменено, оно теряет свою действительность; исполнение же такого решения будет представляться невозможным или противоречить публичному порядку страны исполнения решения[2]. Интересно также отметить, что существует мнение, согласно которому не все языковые версии ст. V Нью-Йоркской конвенции предоставляют государственному суду страны исполнения отмеченную выше свободу выбора. В то время как английская, испанская, китайская и русская версии содержат похожие формулировки, смысловая нагрузка французской версии, в соответствии с этой точкой зрения, отличается: «*La reconnaissance et l'* exécution … *ne seront refusées ... qui si* …». Согласно мнению Дж. Петрокилоса, формулировка французской версии обладает меньшей диспозитивностью, чем другие языковые версии. Если в этом есть определенный смысл, то в таком случае сомнению поддаются намерения авторов проекта упомянутой Конвенции при написании ст. V[3].

---

[1] Petrochilos G. Procedural Law in International Arbitration. – New York: Oxford University Press, 2004. – P. 301.

[2] Sanders // Netherlands International Law Review. – 1959. – Vol. 6. – P. 43, 55.

[3] Petrochilos G. Procedural Law in International Arbitration. – New York: Oxford University Press, 2004. – P. 301.

Так как ст. 32 Венской конвенции «О праве договоров»[1] в целях интерпретации договора отсылает к «подготовительной работе по его созданию», то для определения истинной цели ст. V Нью-Йоркской конвенции некоторые теоретики углубляются в ее историю. Они изучают рабочие проекты конвенции, анализируют аналогичные положения предшествующих этой Конвенции международных соглашений, например, Женевской конвенции «Об исполнении иностранных арбитражных решений» (1927)[2]. Вместе с тем, несмотря на дискуссионность самой проблемы, можно привести несколько примеров исполнения отмененных государственным судом страны арбитража решений и примеры отказа в исполнении таких решений. Что касается первой ситуации, то это решения по таким делам, как: *Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi* против *Norsolor S.A; Hilmarton* против *Omnium de Traitement et de Valorisation* (OTV); *Chromalloy Aeroservices* против *Arab Republic of Egypt*[3], а что касается второй — *Baker Marine Ltd (Nig.)* против *Chevron Ltd (Nig.)*[4]; *Spier* против *Calzaturificio Tecnica, S.P.A*[5].

Относительно контраргументов в отношении теории делокализации, то можно отметить следующие: 1) отрицание возможности влияние на арбитраж любого национального права (хотя бы права места арбитража) может привести к созданию «правового вакуума» — ситуации, где будет царить хаос и неопределенность; 2) отказ от права места арбитража влечет невозможность обжалования в этом суде решения или действия арбитров на последующих стадиях процесса; 3) п. 3 ст. I Нью-Йоркской конвенции устанавливает, что «при подписании, ратификации или присоединении к настоящей Конвенции или при уведомлении, предусмотренном в ст. X этой Конвенции, любое государство может на основе взаимности заявить, что оно будет применять настоящую Конвенцию в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных только на территории другого Договаривающегося Государства». Следовательно, в соответствии с п. 3 ст. I любое арбитражное решение, вразрез с теорией делокализации, обладает национальным признаком.

[1] См.: http://ilc.org.ua/index.php?id=74

[2] См.: http://interarb.com/vl/g_co1927

[3] См.: Petrochilos G. Procedural Law in International Arbitration. – New York: Oxford University Press, 2004. – P. 299–320.

[4] Baker Marine Ltd (Nig.) v. Chevron Ltd (Nig.), 191 F.3d 194 (1999, 2d Cir) (см.: http://www.westlaw.com).

[5] Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.P.A., 77 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999) (см.: http://www.westlaw.com).

Если же стороны создадут арбитражный процесс, в котором будет предусмотрено обратное, решение арбитражного трибунала в некоторых юрисдикциях будет исполнить невозможно;[1] 4) отрицание возможности обжалования арбитражного решения в стране, в которой проводился арбитраж, приводит к неравенству участников процесса. В соответствии с теорией делокализации выигравшая дело сторона имеет возможность исполнения решения практически в любой стране, подписавшей Нью-Йоркскую конвенцию, до тех пор, пока не найдет благоприятную для себя юрисдикцию. Другая же сторона оказывается в ситуации, когда ей придется отстаивать одну и ту же правовую позицию в нескольких местах исполнения решения.

Реальная практика международного коммерческого арбитража свидетельствуют о том, что к теории делокализации многие относятся с определенной осторожностью, а связанные с ней законодательные решения не всегда приводят к желаемому результату. Например, ст. 1717 Судебного кодекса Бельгии устанавливала, что если ни одна из сторон не имеет места предпринимательской деятельности или другой связи с Бельгией, то в международном коммерческом арбитраже сторонам не разрешалось обжаловать арбитражное решение в Бельгийских судах. Однако, по мнению английских исследователей, такая правовая позиция привела к снижению популярности Бельгии как места арбитража. Законом Бельгии от 19.05.1998 г. обязательная делокализация была заменена на факультативную[2].

Итак, основными источниками процессуального права арбитража являются правила, установленные сторонами, право места арбитража и право главного соглашения. В теории международного арбитражного права существует концепция делокализации, согласно которой выбор *lex arbitri* вообще не имеет необходимости; вместе с тем, на наш взгляд, несмотря на существование этой теории, определение конкретного *lex arbitri* гарантирует предсказуемость и последовательность арбитражного процесса.

При выборе процессуального права арбитрам в первую очередь следует исходить из наличия соглашения сторон о применимом к

[1] См.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

[2] Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and practice of international commercial arbitration, 4th ed. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – P. 108. На сегодняшний день, согласно Бельгийскому законодательству, стороны имеют право выбрать режим делокализации арбитражного процесса, но они об этом должны прямо заявить.

арбитражной оговорке праве. Если такое соглашение существует и оно заключено не в пользу *lex loci arbitri*, то следующим шагом трибунала должен быть анализ его соответствия законам страны арбитража. Именно право страны арбитража является наиболее подходящим процессуальным правом. Если бы при заключении арбитражного соглашения в качестве места арбитража стороны всегда выбирали страну с наиболее подходящим для них процессуальным правом, это бы значительно упорядочило арбитражный процесс. В случае соответствия права, выбранного сторонами, и права места арбитража арбитражный трибунал, для упрощения процедуры, может объявить их идентичными и рассматривать спор в соответствии с правом страны арбитража. Этот шаг обеспечит возможность рассчитывать и на механизм принуждения национальной судебной системы.

В случае несоответствия двух систем права арбитражному трибуналу надлежит сделать сложный выбор между принципом автономии воли сторон и системой факторов, среди которых — уважение к публичному порядку страны арбитража и возможная зависимость от ее национальной судебной системы. При этом, представляется, арбитражному трибуналу следует основывать свое решение на лояльности местной системы права к международному коммерческому арбитражу. Если в этом отношении имеются пробелы, выбор следует делать в пользу *lex loci arbitri*. Противоположное решение повышало бы риск усложнения арбитражного процесса. Вместе с тем даже если *de jure* трибунал выберет право арбитража, которое противоречит соглашению сторон, это далеко не означает, что арбитры будут обязаны придерживаться всех формальных требований местного законодательства. Например, согласно п. 2 ст. 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ арбитражный суд может, с учетом положений настоящего Закона, вести арбитражное разбирательство так, как он считает надлежащим. Таким образом, если в отношении конкретного процессуального вопроса положение *lex loci arbitri* будет идти вразрез с намерениями сторон относительно арбитражного процесса, арбитражный трибунал имеет полномочия отдать предпочтение принципу автономии воли сторон.

Что касается ситуации, когда стороны не договорились о применимом праве к арбитражному соглашению, то арбитражный трибунал, несомненно, должен обратиться к праву места арбитража. Это обеспечит эффективность и необходимую быстроту разрешения арбитражного спора. Более того, признание арбитражного решения судом страны арбитража, по нашему мнению, будет способствовать большему доверию к нему судов места исполнения.

10. ПАРАЛЛЕЛЬНЫЕ АРБИТРАЖНЫЕ ПРОЦЕССЫ

Виды параллельных процессов. В практике международного коммерческого арбитража существует актуальная проблема параллельных процессов, суть которой состоит в том, что арбитрам или судьям не всегда удается однозначно трактовать соглашение сторон о месте арбитражной процедуры, вследствие чего в процессе может возникнуть ситуация, когда один и тот же спор находится на рассмотрении сразу в нескольких разбирательствах.

Для предотвращения подобных случаев многие законодательства закрепляют такие правила, как *res judicata* и *lis pendens*. Шведский ученый назвал их фундаментальными принципами процессуального права[1].

Несмотря на то, что *res judicata* и *lis pendens* преследуют одну и ту же цель, они также имеют и некоторые особенности. Главное различие между ними состоит в том, что принцип *res judicata* применяется, если сторона инициирует судебное разбирательство или арбитраж, игнорируя уже существующее арбитражное или судебное решение. Принцип *lis pendens* применяется, когда сторона обращается в суд или арбитраж, несмотря на то, что в другом разбирательстве уже рассматривается аналогичное судебное или арбитражное дело. В процессуальном праве некоторых стран Восточной Европы принципы *res judicata* и *lis pendens* хотя неявно и отображены в законодательстве, но прямо не упоминаются. Например, ст. 35 Хозяйственного процессуального кодекса Украины предусматривает, что факты, установленные решением суда (другого органа, который решает хо-

1 Söderlund C., Pendens L. Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

зяйственные споры) во время рассмотрения одного дела, не подлежат повторному доказыванию при разрешении других споров, в которых участвуют те же самые стороны. В соответствии со ст. 62 Хозяйственного процессуального кодекса Украины судья отказывает в принятии искового заявления, если в производстве Хозяйственного суда или другого органа, который в пределах своей компетенции рассматривает хозяйственный спор, есть дело по спору между этими же сторонами, по такому же предмету и по тем же основаниям или имеется решение этих органов по этому спору.

Несмотря на то, что в судебной сфере как *res judicata*, так и *lis pendens* в равной мере регулируют проблему параллельного судопроизводства, в арбитраже, в силу ряда объективных причин, эти институты имеют разную перспективу применения. Более того, поскольку они относятся к разным процессуальным ситуациям и разным разбирательствам, они по-разному взаимодействуют с другими фундаментальными принципами арбитража.

Применение принципа *res judicata.* В арбитражной теории принцип *res judicata*, прежде всего, опирается на ст. III Нью-Йоркской конвенции, текст которой устанавливает: «Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях». Кроме этого, о принципе *res judicata* говорится в ст. 38 (1) (c) Статута Международного Суда ООН[1]. По мнению Б. Ченга, согласно указанному положению *res judicata* является как принципом международного права, так и основным принципом правовой теории[2].

Значение *res judicata* также раскрывается во многих арбитражных и судебных решениях, принятых еще в первой половине прошлого века. Так, например, в деле *Trail Smelter* арбитражный трибунал определил, что «непреложность принципа *res judicata*, применительно к окончательному решению международного трибунала является существенным, урегулированным правилом международного права.

[1] «The International Court of Justice» (англ.) – был основан в 1946 году, на сегодняшний день является первичным судебным органом ООН, находится в Гааге, Нидерланды (см.: http://www.icj-cij.org).

[2] См.: Cheng B. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. – Cambridge: Grotius, 1987. – P. 336–372.

Так как очевидным является то, что международные отношения, основанные на праве и справедливости, требуют арбитражного или судебного рассмотрения международных споров, в равной степени очевидным является и то, что решение по делу должно быть в принципе лишено возможности обжалования, если оно вступило в законную силу»[1]. В отношении *res judicata* в другом деле, *Societe commerciale de Belgique* (1939), Постоянный Международный Суд Лиги Наций[2] отметил, что «признание решения *res judicata* означает ничего более чем признание факта, что решение является окончательным и обязательным»[3].

В доктрине согласно принципу *res judicata* вступившее в силу судебное или арбитражное решение является окончательным для последующих процессов, включающих в себя идентичный предмет либо исковые требования, те же правовые основания и такие же стороны (так называемый «тройной критерий»)»[4]. Как отметил П. Р. Барнетт, доктрина *res judicata* представляет собой не только общий принцип права, признанный во всех цивилизованных нациях, но и «мудрость на все века»[5]. Действительно, правосудие должно быть завершенным и ни одно лицо не должно привлекаться к правосудию по одной и той же причине дважды. Не случайно в арбитражной теории спорным вопросом являются пределы *res judicata,* т. е. сфера распространения принципа. К примеру, в деле *Polish postal service in Danzig*, в соответствии с Рекомендательным мнением Постоянного Международного Суда Лиги Наций, не все части решения имеют «эффект *res judicata»*. Согласно этому мнению, принцип распространяется только на резолютивную часть решения. Мотивировочная часть, если она выходит за рамки существа спора, не имеет обязатель-

[1] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 240.

[2] «The Permanent Court of International Justice» (англ.): был основан в 1922 году как Международный Суд Лиги Наций, прекратил свое существование в 1946 году, после того как Лига Наций прекратила свое существование.

[3] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 240–241.

[4] International Law Association, International Commercial Arbitration Committee // Interim Report on Res Judicata and Arbitration. – P. 2 (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[5] Barnett P. R. Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments: The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law. – Oxford University Press, 2001. – P. 8.

ного эффекта[1]. В соответствии с приведенным выше определением, мнение арбитражного трибунала, прямо не относящееся к предмету спора, не имеет «эффекта *res judicata*». В деле *Chorzow Factory* судья Анчилоти в своем особом мнении, напротив, отметил, что, хотя «эффект *res judicata»*, главным образом, и относится к резолютивной части решения, анализ мотивировочной части часто необходим для понимания причинной связи[2]. В этом же деле было отмечено, что «эффект *res judicata*» не распространяется на предварительные решения, относящиеся не к материальной стороне спора, а, например, к вопросам юрисдикции[3].

При решении вопроса о применении принципа *res judicata* арбитраж часто обращается к праву арбитражной оговорки, т. е. к национальному регулированию. Именно процессуальное право спора является важным определяющим фактором. Среди вопросов, которые регулируются этим правом, — время по установлению решения (момент оглашения решения, момент письменного уведомления сторон о принятии решения, после истечения времени на обжалование решения …); возможность установления *res judicata* судом самостоятельно (без подачи заявления в суд одной из сторон) и т. д.

В Англии для того, чтобы решение было признано *res judicata*, оно должно быть вынесено компетентным судом, быть окончательным и напрямую касаться существа спора. Арбитражные решения в этом случае приравниваются к судебным решениям. Решение, на которое распространяется принцип *res judicata*, в соответствии с английским правом, дает основание для четырех возможных исков защиты этого принципа: *estoppel* причинной связи; *estoppel*, относящийся к установленным в деле отдельным фактам, не подлежащим повторному доказыванию; предотвращение повторного возмещение вреда; незаконное использование процесса[4].

Статья 1351 Гражданского кодекса Франции[5] устанавливает, что принцип *res judicata* применяется в отношении предмета судебного решения. При этом требования стороны и предмет спора должны быть

[1] *Polish postal service in Danzig* // P.C.I.J. – Ser. B, No. 11. – P. 28–30 (см.: http://www.icj-cij.org).

[2] *Chorzow Factory* // P.C.I.J. – Ser. A, No. 13. – P. 24 (см.: http://www.icj-cij.org).

[3] Opinion of Mr. Ehrlich, The Polish national judge in the Chorzow Factory case (1928) // P.C.I.J. – Ser. A, No. 17. – P. 76 (см.: http://www.icj-cij.org).

[4] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 241–243.

[5] См.: http://www.lexinter.net/ENGLISH/civil_code.htm

тождественными (аналогичное положение закреплено в ст. 23 Судебного кодекса Бельгии[1]). Более того, согласно ст. 480 Гражданского процессуального кодекса Франции[2], «эффект *res judicata*» в отношении существа спора вступает в силу сразу после вынесения решения. Статьи 482 и 488 (1) этого Кодекса устанавливают также ограничения действия принципа *res judicata* на так называемые предварительные решения. Это может быть определение о назначении экспертов или приказ о принятии мер по обеспечению иска. В соответствии с французским законодательством «эффект *res judicata*» действует независимо от права сторон на обжалование решения. Также следует отметить, что согласно бельгийскому и французскому законодательству действие принципа *res judicata* может распространяться на вопросы, косвенно урегулированные в решении[3].

Что касается возможного применения принципа *res judicata* в арбитраже, то статьи 1476 и 1500 Гражданского процессуального кодекса Франции прямо устанавливают: как только арбитражное решение было вынесено, на него распространяется «эффект *res judicata*». Подобная норма имеет место также в законодательстве Бельгии (ст. 1703 Судебного кодекса), Германии (ст. 1055 Гражданского процессуального кодекса), Австрии (ст. 594 Гражданского процессуального кодекса), Швейцарии (ст. 190 Акта о Международном Частном Праве) и в некоторых других странах[4].

Помимо сказанного следует отметить, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ также содержит ссылку на то, что арбитражное решение должно быть окончательным и обязательным для сторон. Так, ст. 35 (1) этого Закона устанавливает, что арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение с учетом положений настоящей статьи и ст. 36. Исходя из этого напрашивается вывод, что страны, воспринявшие Типовой закон ЮНСИТРАЛ в арбитражном законодательстве, также признали существование принципа *res judicata* в арбитраже.

Что касается практики применения принципа *res judicata* в арбитраже, то он становится непреложным при принятии решений. На-

[1] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 244.

[2] См.: http://www.lexinter.net/ENGLISH/code_of_civil_procedure.htm

[3] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 243-245.

[4] Там же. – P. 246.

пример, в деле МТП № 6363 от 1991 г. арбитражный трибунал отметил, что «в случае, если налицо совокупная идентичность сторон, предмета спора и причинной связи между предыдущим решением и новым исковым заявлением, в этом случае новое заявление отклоняется в силу принципа *res judicata*»[1].

Интересным примером применения принципа *res judicata* являются дела МТП № 2745 и № 2762 от 1972 г.[2]. В данном случае арбитражный трибунал столкнулся с действием принципа не только в отношении арбитражных дел, но и в отношении вынесенных судебных решений. Согласно фабуле дела, компания «А» заключила договор с компанией «В» о покупке стали. При этом компания «А» заключила договор о поставке этой же продукции компании «С», которая, в свою очередь, заключила договор о перепродаже стали компании «D», которая перепродала ее компании «Е». Впоследствии производитель не поставил продукт и ни один из договоров не был выполнен. Сложившаяся ситуация привела к возникновению четырех разных процессов: «С» начал арбитраж против «А»; «Е» подал иск в бельгийский суд против «D» и был признан виновным; после этого «Е» начал арбитраж против «С», а «С» начал новый арбитраж против «А». Два последних арбитражных дела были объединены. Так как первое решение было уже вынесено в отношении спора между «А» и «С», возник вопрос о том, в какой степени оно имело «эффект *res judicata*» на второе арбитражное дело между этими же сторонами, а также распространялась ли сила судебного решения Брюссельского апелляционного суда в отношении «А» и «С» на арбитражный трибунал. В такой ситуации арбитражный трибунал определил, что первое арбитражное решение имело «эффект *res judicata*» на второе дело между «А» и «С». Он отметил: «Было бы парадоксально оспаривать то обстоятельство, что арбитр, действующий под эгидой МТП, обязан соблюдать решение по делу между этими же сторонами и по этому же спору, вынесенное до этого другим арбитром, также действующим под эгидой МТП». Что касается решения Брюссельского апелляционного суда, то арбитражный трибунал признал и его *res judicata* на основании Брюссельской конвенции «О юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» от 27.09.1968 г.[3]. При этом, интересно отметить, что в отно-

[1] См.: Yearbook of Commercial Arbitration. – 1992. – Vol. 27. – P. 198.

[2] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 250-251.

[3] См.: http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm

шении сферы применения этого принципа арбитражный трибунал определил, что согласно французскому и бельгийскому праву *res judicata* имеет эффект не только на резолютивную часть решения, но и на мотивировочную в том числе.

Таким образом, *res judicata* является важным принципом. Факторами допустимости при применении данного принципа являются: идентичность сторон, существа спора, исковых требований. Однако при этом решение *res judicata* должно основываться на действительной арбитражной оговорке. В арбитражном споре возможна ситуация, когда арбитражный трибунал, рассматривая спор по договору, содержащему действительную арбитражную оговорку, для вынесения объективного решения обращается к другим договорам, в отношении которых у него нет юрисдикции. При этом важно выполнить условие, что такими действиями арбитражный трибунал не превышает свои полномочия. Однако, на наш взгляд, часть арбитражного решения в отношении неарбитражных договоров действие принципа *res judicata* не должно распространяться.

Статья V Нью-Йоркской конвенции предоставляет надежный механизм защиты принципа *res judicata*. В случае его несоблюдения стороны могут защищать свои права в суде места исполнения арбитражного решения, ссылаясь: на нарушение арбитражным трибуналом условий арбитражного соглашения о том, что арбитражный процесс должен быть окончательным и обязательным для сторон; на нарушение арбитражным трибуналом положения выбранного сторонами процессуального права о *res judicata*. Если закон страны арбитража содержит положение о *res judicata*, в этом случае можно обжаловать решение арбитражного трибунала, нарушающее принцип, как в суде места рассмотрения спора, так и в суде места исполнения арбитражного решения, ссылаясь опять-таки на ст. V. Эта статья предусматривает возможность отказа в исполнении арбитражного решения на основании противоречия его законодательству страны места исполнения решения. В нашем случае, это может быть противоречие положению о *res judicata*.

Применение принципа *lis pendens*. Одним из классических примеров применения принципа *lis pendens* в арбитраже является дело *Fomento*[1]. В этом деле Суд Швейцарии принял редкое в международной практике решение в поддержку принципа *lis pendens*, при этом

[1] См.: Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colon Container Terminal S.A., DSFSC 127 (2001) III. – P. 279.

аннулировав решение арбитражного трибунала в Женеве и проигнорировав принцип компетенции компетенции. В отношении этого дела К. Зодерлунд отметил: «Арбитражное соглашение … (по делу *Fomento*) было бы однозначно признано действительным в Швеции, где решение суда Панамы, естественно, не имело бы силы»[1]. По его мнению, в Швеции любое вмешательство государственного суда в арбитражный процесс должно основываться на принципе законности, то есть иметь правовую основу. Предложение о том, что арбитражный трибунал обязан приостановить процесс на время решения иностранным судом вопроса о юрисдикции, представляется несовместимым с фундаментальными принципами арбитража[2].

Суть данного дела состоит в том, что когда возник спор между сторонами по договору строительного подряда, одна из сторон, «А», якобы игнорируя арбитражную оговорку, обратилась в суд Панамы. Другая сторона, «Б», ссылаясь на упомянутую выше арбитражную оговорку, обжаловала принятие судом юрисдикции по делу. Суд Панамы отклонил жалобу «Б», мотивируя это тем, что сторона пропустила сроки возможного обжалования. Исходя из сложившейся ситуации, «Б» подала апелляцию и одновременно начала арбитражный процесс в Женеве. В дальнейшем апелляционный суд Панамы удовлетворил апелляцию «Б», но впоследствии Верховный суд оставил в силе решение суда первой инстанции. Арбитражный трибунал принял юрисдикцию по делу и вынес свое решение. Сторона «А» обжаловала это решение в суде страны арбитража; Суд Швейцарии отменил арбитражное решение. Решение Федерального Верховного суда Швейцарии основывалось на Законе Швейцарии «О международном частном праве», который устанавливает, что если иск по такому же вопросу и между теми же сторонами уже рассматривается за рубежом, суд Швейцарии обязан приостановить процесс, если можно предположить, что решение по делу возможно исполнить в Швейцарии и оно будет вынесено иностранным судом в разумный срок[3]. Суд также признал принцип *lis pendens* положением о юрисдикции, а не просто процессуальным положением. Он указал, что принятие двух коллизионных решений по одному и тому же делу между теми же сторонами противоречит пу-

[1] Söderlund C., Pendens L. Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[2] Söderlund C, Pendens L. Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[3] Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colon Container Terminal S.A., DSFSC 127 (2001) III . – P. 279.

бличному порядку страны. Вследствие этого, как уже отмечалось выше, арбитражное решение было отменено.

Примером действия принципа *lis pendens* в арбитраже является и дело *Buenaventura*[1]. Показательным в этом деле является то, что, несмотря на его явное сходство с делом *Fomento*, суд одной и той же страны (Швейцарии) принял по нему противоположное решение. Это решение напрямую касается отмеченного выше принципа компетенции компетенции. В деле *Buenaventura* в то время, когда одна сторона (истец) обратилась с иском о нарушении ее корпоративных прав в государственный суд (в данном случае, это перуанский суд), другая сторона (ответчик) инициировала арбитраж в Швейцарии. Оба разбирательства знали свою юрисдикцию по делу. Суд Перу мотивировал свое решение тем, что использованная ответчиком арбитражная оговорка противоречит перуанскому праву, так как не все участники процесса, по мнению суда, являются ее сторонами. Арбитражный трибунал в своем предварительном решении о юрисдикции определил, что принцип *lis pendens* не применяется к ситуации, где в конфликт вступают арбитражное и судебное решения. По мнению арбитров, несмотря на тождественность сторон и предмета спора, в данном случае отсутствует такой необходимый признак, как идентичность юрисдикций. Таким образом, в соответствии с арбитражным решением вопрос о действительности арбитражной оговорки мог решать только арбитражный трибунал.

В процессе обжалования арбитражного решения Суд Швейцарии оставил его без изменения. При этом, принимая решение о действительности арбитражного решения, швейцарский суд исходил из того, будет ли решение перуанского суда признано в Швейцарии. Прийдя к отрицательному выводу в этом вопросе, он, игнорируя принцип *lis pendens*, использовал теорию компетенции компетенции. В связи с такой неоднозначной практикой следует отметить, что упомянутый фактор в деле *Fomento* не играл решающей роли, а исходя из приведенных дел, рассмотренных в Швейцарии, можно сделать вывод о том, что коллизия принципа *lis pendens* и теории компетенции компетенции может вызывать некоторую непредсказуемость в исходе арбитражных дел. При этом решения этой проблемы на сегодняшний день предложено не было.

---

[1] *Compania Minera Condesa SA and Compania de Minas Buenaventura SA* v. *BRGM-Pérou SAS* (Perret F. Parallel Actions Pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law, см.: http://www.kluwerarbitration.com).

Одним из проблемных в отношении принципа *lis pendens* является вопрос о том, обязан ли суд или арбитражный трибунал реагировать самостоятельно на существование параллельного процесса или инициатива должна исходить от сторон и как суд может воздействовать на параллельный арбитражный процесс.

Что касается применения принципа *lis pendens* арбитрами *ex officio*, то в литературе высказано мнение, что в арбитраже не существует принципа, доминирующего над соглашением сторон[1]. Арбитражный трибунал в силу принципа компетенции компетенции не обязан приостанавливать процесс или отказываться от своего мандата. Следует подчеркнуть, что право арбитражного трибунала продолжать рассмотрение спора, несмотря на существование параллельного судебного процесса, должно обязательно основываться на действительном арбитражном соглашении. В противном случае решение может быть обжаловано или могут возникнуть проблемы в связи с его исполнением на основании ст. V Нью-Йоркской конвенции.

Принципиально принимая такой подход, следует отметить, что решение этой ситуации во многом зависит от национального регулирования полномочий суда. По мнению Франсуа Пере, в некоторых юрисдикциях, например Франции, принцип компетенции компетенции имеет двоякий эффект: как позитивный — право арбитражного трибунала самостоятельно определять свою юрисдикцию, так и негативный — обязанность суда в случае наличия действительной арбитражной оговорки передать дело в арбитраж[2]. Последнее вытекает из положения п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции, в которой обязанность суда обуславливается наличием ходатайства одной из сторон.

В этой связи можно сделать следующие выводы: во-первых, обязанность судей или арбитров принимать решения *ex officio*, без ходатайства сторон, зависит прежде всего от национального законодательства каждой отдельной юрисдикции; во-вторых, при наличии действительного арбитражного соглашения арбитражный трибунал не обязан приостанавливать процесс или складывать мандат даже в случае существования параллельного процесса; в-третьих, если суд, столкнувшись с проблемой *lis pendens*, пришел к выводу о том, что арбитражный трибунал действует на основании действительного

[1] Söderlund C., Pendens L. Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[2] *Compania Minera Condesa SA and Compania de Minas Buenaventura SA* v. *BRGM-Pérou SAS* (Perret F. Parallel Actions Pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law, см.: http://www.kluwerarbitration.com).

арбитражного соглашения, он в соответствии с п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции обязан передать дело в арбитраж. Если же в процессе анализа арбитражного соглашения или других обстоятельств, связанных, например, с коллизией между арбитражным процессом и публичным порядком страны суда, суд придет к выводу об отсутствии юрисдикции у арбитражного трибунала, в этом случае возникает проблема, которая на сегодняшний день не имеет однозначного урегулирования. Одним из возможных, хотя и достаточно спорных, выходов из ситуации может быть запрет на подачу (принятие к рассмотрению) искового заявления (*anti-suit injunction*).

Традиционно, запрет на подачу (принятие к рассмотрению) искового заявления широко распространен в англосаксонской системе права и заключается в том, что на основании ходатайства одной стороны суд выносит определения о запрете для другой стороны инициировать процесс в другой юрисдикции[1]. При этом предписание суда может касаться как сторон процесса, так и непосредственно арбитражного трибунала, с учетом, что параллельные процессы могут находиться на разных стадиях рассмотрения дела. По мнению Эммануэля Гэлларда, наблюдается тенденция внедрения обсуждаемого англосаксонского правового механизма в романо-германскую систему права и в арбитраж[2]. Вместе с тем пока что арбитражные трибуналы редко прислушиваются к мнению иностранных судов. Иллюстрацией этому может послужить известное дело *KBC* против *Pertamina*[3].

В деле *Pertamina* спор возник между государственной организацией *Pertamina* и частной компанией *KBC* в связи с договором о строительстве геотермального завода в Индонезии. После того как выполнение проекта было в одностороннем порядке приостановлено правительством Индонезии, *KBC* начала арбитраж в Швейцарии в соответствии с регламентом ЮНСИТРАЛ и на основании арбитражной оговорки в оспариваемом договоре. В декабре 2000 г. арбитражный

[1] См.: Laker Airways Ltd v. Sabena Belgian World Airlines, 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984) (см.: http://www.westlaw.com); Arkins J. Borderline Legal: Anti-suit injunctions in common law jurisdictions. – Journal of International Arbitration. – 2001. – Vol. 18 (6). – P. 603.

[2] См.: Gaillard E. Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, 2006. – P. 201–202.

[3] Там же. – P. 206–208.

трибунал вынес решение, в котором постановил *Pertamina* выплатить *KBC* ущерб в 260 миллионов долларов США. После неудачного обжалования решения в Швейцарии *Pertamina* обратилась с заявлением в суд Индонезии об аннулировании арбитражного решения и вынесении запрета на его исполнение за рубежом. В это время *KBC* обратилось в окружной суд США Южного округа Техаса с заявлением о признании арбитражного решения действительным. В декабре 2001 г. суд США удовлетворил требование *KBC*. В 2002 г. (первое решение — апрель, второе — август) суд Индонезии удовлетворил требования *Pertamina*, запретив *KBC* под угрозой штрафа в размере 500 000 долларов США принимать попытки исполнения арбитражного решения в любой стране, а также аннулировав арбитражное решение на основании его противоречия закону Индонезии.

Следует отметить, что до вынесения решения индонезийским судом *KBC* обратилась в суд США с просьбой принудить *Pertamina* отозвать свое заявление об аннулировании арбитражного решения из суда Индонезии. 29 марта 2002 г. суд Южного округа Техаса удовлетворил требования *KBC*, однако *Pertamina* никаких действий в связи с этим не предприняла. В дальнейшем суд США вынес еще два решения: 1. О признании факта неуважения стороны *Pertamina* судебного решения США; 2. О повторном признании арбитражного решения.

Как видно из дела *Pertamina*, решения иностранных судов не всегда могут эффективно влиять на арбитражный процесс в силу его международного характера. Естественно, гармонизировать в конечном счете механизм запрета на подачу (принятие к рассмотрению) искового заявления можно через соответствующие двусторонние или многосторонние соглашения о признании судебных решений[1].

Еще один пример постановления запрета на подачу (принятие к рассмотрению) искового заявления относится уже не только к сторонам, но и к арбитражному трибуналу в том числе. В деле *Salini Construttori*[2] ответчик, эфиопская государственная организация, несмотря на уже осуществляющийся арбитражный процесс, начала отдельный процесс в суде Эфиопии. Среди некоторых решений, которые ей удалось получить, было решение Верховного суда в отношении арбитражного трибунала, обязывающее его временно приоста-

[1] См.: http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm.

[2] Salini Construttori S.p.A. and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority (Gaillard E. Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, 2006. – P. 204–206).

новить рассмотрение дела, и постановление суда первой инстанции, запрещающее истцу продолжать арбитраж до тех пор, пока суд Эфиопии не вынесет решение о юрисдикции арбитражного трибунала. В отношении этих мер арбитражный трибунал указал: «Арбитражный трибунал выражает высочайшее уважение судам Эфиопии. Тем не менее, … трибунал не считает себя обязанным приостановить процесс как следствие вынесенных предписаний Верховным судом Эфиопии и Федеральным судом первой инстанции. Таким образом, исходя из обстоятельств дела, он (трибунал) считает своим долгом продолжать арбитражный процесс»[1].

Следует отметить, что хотя в арбитраже в большинстве случаев вынесение запрета на подачу (принятие к рассмотрению) искового заявления не имеет мгновенного позитивного результата для заявителя, этот правовой механизм нельзя считать безрезультатным. Дело в том, что в большинстве случаев за получением предписания о запрете сторона (чаще всего, ответчик) обращается в суд по месту своего нахождения. Следовательно, даже если арбитражный трибунал отказывается исполнить решение иностранного суда, принятое впоследствии арбитражное решение, скорее всего, будет считаться незаконным в стране заявителя (ответчика). Таким образом, если первичным местом исполнения решения является страна ответчика, рассмотренный правовой способ применения принципа *lis pendens* становится целесообразным.

Альтернативным или дополнительным вариантом влияния на арбитражный процесс в случае наличия параллельного судебного процесса может быть обращение в суд места арбитража при условии, что национальное право этой страны предусматривает такую возможность. В данной ситуации получение судебного запрета на принятие к рассмотрению арбитражным трибуналом искового заявления создает возможность эффективного обжалования арбитражного решения.

Запрет на подачу (принятие к рассмотрению) искового заявления, скорее, имеет стратегическое значение и создает условия для эффективного обжалования арбитражного решения и его последующего аннулирования.

---

[1] Gaillard E. Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, 2006. – P. 204–206.

11. ТРЕТЬИ ЛИЦА В АРБИТРАЖЕ

Общие положения. Международные коммерческие споры часто возникают из сложных многосторонних сделок, формально закрепленных не в одном, а в нескольких соглашениях, поскольку некоторые коммерческие проекты длятся десятилетия, при этом нередко меняются партнеры. Кроме того, типичной является практика выхода одной из сторон из соглашения, передачи прав третьему лицу (третьим лицам), когда помимо формально подписавшей соглашение стороны в договоре также имеют интерес третьи лица; когда стороны не подписали или не заключили между собой договор, хотя третья сторона выполнила свои обязательства по оговоренному соглашению и имеет основания надеяться на вознаграждение, и т. д.

В западной теории существует тенденция расширения сферы действия арбитражного соглашения на третьих лиц, не участвующих в подписании соглашения. При этом наиболее широко используются такие правовые теории, как цессия арбитражного соглашения, правопреемство, третье лицо — выгодоприобретатель, представительство, инкорпорация арбитражного соглашения ссылкой, гарантия, теория группы компаний, *alter ego*, теория проникновения через корпоративную вуаль, *estoppel*. Последняя теория, в основном, применяется в системе общего права.

В теории третьих лиц спорным вопросом является возможная зависимость ее от права места арбитража или права, применимого к существу спора. Следует отметить, что, вопреки тому, что арбитраж является международной системой рассмотрения споров, последние два фактора нередко оказывают решающее влияние на исход дела. Примером этой взаимосвязи может послужить рассмотренное ниже достаточно известное дело *Peterson Farms Inc* против *C&M*

Farming LTD[1], вызвавшее широкий резонанс. По мнению некоторых ведущих теоретиков и практиков арбитража, арбитражный трибунал, принимая решение о возможности распространения арбитражной оговорки на третьих лиц, не всегда должен основывать его на применимом к арбитражу праву. По мнению, например, Бернарда Хэнотью[2], трибуналу необходимо основывать такое решение, скорее, на фактах дела, трактовке общих намерений сторон, принимая во внимание обычаи международной торговли. Подобной позиции часто придерживаются суды в развитых правовых системах, где арбитраж занимает авторитетное место среди других механизмов разрешения международных споров. В странах, где арбитраж еще не завоевал достаточного доверия или имеет недолгую историю развития, возможность участия третьих лиц в арбитраже остается под вопросом[3]. При этом в национальном законодательстве этих стран не всегда закреплены прямые запреты на участие третьих лиц в арбитражном процессе (как правило, эта процедура просто не урегулирована). К примеру, законодательство Украины не содержит прямого запрета на инициирование арбитражной процедуры третьим лицом. При этом возможное участие третьих лиц в арбитраже в Украине часто рассматривается сквозь призму ст. 43 Регламента МКАС при ТПП Украины. Эта статья регулирует процедуру присоединения в уже существующий процесс третьего лица и требует на это согласие сторон процесса. На практике же существуют разные предпосылки участия третьего лица в арбитражном процессе, например, инициирование арбитражного процесса самим третьим лицом.

Поскольку арбитраж строится на принципе общего согласия участников арбитражного соглашения передать свой спор в арбитраж, главной проблемой применения теории третьих лиц является наличие согласия сторон на распространение сферы действия арбитражного соглашения на не подписавших его лиц. Согласие сторон может быть прямо закреплено в арбитражном соглашении или иметь косвенный

[1] Peterson Farms Inc v. C&M Farming LTD [2004] All ER (D) 50; (2004) EWHC 121 (Comm). См. ниже раздел «Теория группы компаний».

[2] Hanotiau B. Groups of Companies in International Arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Netherlands: Kluwer Law International, 2006. – P. 286.

[3] Среди стран, где на сегодняшний день достаточно маленький процент арбитражных споров инициированных третьими лицами, лидирующие позиции занимают страны постсоветского пространства, а также страны, не подписавшие Нью-Йоркскую конвенцию.

характер. Свои полномочия по трактовке воли сторон и их истинных намерений при заключении арбитражного соглашения арбитражный трибунал черпает из рассмотренного выше принципа компетенции компетенции.

Помимо указанной выше проблемы, дополнительными общими препятствиями в применении теории третьих лиц в арбитраже может считаться консервативное отношение к арбитражу, что подразумевает узкую интерпретацию ст. II Нью-Йоркской конвенции, а также природы арбитражного соглашения. Как уже отмечалось, ст. II Нью-Йоркской конвенции содержит требования к форме арбитражного соглашения, одним из которых является письменная форма. Трактуя данную норму, суды некоторых стран — участников этой Конвенции считают необходимым наличие письменного арбитражного соглашения между всеми сторонами. При этом они забывают о другом не менее важном требовании ст. II Конвенции, где речь идет об обязательном признании и исполнении государственным судом арбитражного соглашения. В практике арбитража существует несколько прецедентов, касающихся этого вопроса. Например, в решении *Sen Mar, Inc*. против *Tiger Petroleum Corp*. американский суд интерпретировал ст. II Нью-Йоркской конвенции следующим образом: «Не только стороны, подписавшие арбитражное соглашение, несут по нему обязательства. Скорее, арбитражное соглашение, чтобы быть исполненным, должно быть заключено в письменной форме…» По мнению суда, как только установлено наличие письменного подписанного арбитражного соглашения, правила обычного договорного права определяют сторон арбитражного спора[1]. Федеральный Суд Швейцарии в своем решении также отметил, что в случае, если арбитражная оговорка существует, но не подписана третьим лицом, этот факт не должен быть препятствием для возможного ее распространение на третье лицо[2].

В теории арбитражного права, как отмечалось, есть две точки зрения в отношении природы арбитражного соглашения. Одна группа ученых считает, что арбитражное соглашение имеет договорную природу и, следовательно, к ее интерпретации применяются правила частного пра-

[1] См.: Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corp., 774 F. Supp. 879 (S.D.N.Y. 1991) (http://www.westlaw.com) (25.05.2008); Thomson-CSF SA v. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp. 64 F.3d 773, 776 (2d Cir 1995) (http://www.westlaw.com).

[2] XS. AL., YS.AL. et A v. Z, SARL et Tribunal Arbitral CCI, BGE 129 III 727; Hanotiau B. Groups of Companies in International Arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Netherlands: Kluwer Law International, 2006. – P. 284.

ва. Другая — что арбитражное соглашение регулируется нормами публичного, а не частного права, поскольку арбитражное право относится к процессуальному праву. Эта точка зрения распространена в странах СНГ и в некоторых консервативных странах Западной Европы, например Австрии. В этих юрисдикциях к теории третьих лиц относятся с большой осторожностью из-за отсутствия письменного согласия всех сторон на участие в арбитраже третьего лица. Что касается первой точки зрения, то она превалирует во всех странах, где арбитраж является достаточно развитым. Ее поддерживают ведущие арбитры и теоретики науки арбитражного права, среди которых можно выделить Бернарда Хэнотью[1], Ларса Хьюмэна[2] и других. При этом следует отметить, что на сегодняшний день теория третьих лиц является наиболее распространенной в странах общего права, хотя некоторые случаи ее применения зафиксированы в России, Франции, Швеции и других странах Европы.

Правопреемство, цессия. Международная коммерция и торговля требуют, чтобы права по договору и «право требования» *(choses in action)* было возможно передать[3]. Тем не менее, некоторое время в теории арбитража, даже таких ведущих арбитражных стран, как Англия и Франция, вопрос о возможности преемства арбитражного соглашения оставался открытым. Причиной этому послужило требование Нью-Йоркской конвенции о наличии письменной формы соглашения. Также, в силу существования принципа автономности арбитражного соглашения, теоретики и практики арбитражного права долгое время не могли ответить на вопрос: в случае преемства прав и обязанностей по общему договору, является ли необходимым правопреемнику дать отдельное согласие на преемство прав и обязанностей по арбитражному соглашению?

Ведущие арбитражные страны пришли к общему выводу, что правопреемство арбитражного соглашения возможно, поскольку оно не имеет прямого отношения к требованию о соблюдении письменной формы арбитражного соглашения[4]. По мнению В. Видера, соблюдение

[1] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005.

[2] Heuman L. Skiljemannarätt. – Stockholm: Norstedts Juridik, AB, (1999). – P. 73.

[3] Jagusch S., Sinclair A. The impact of third parties on international arbitration – issues of assignment, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, printed in the Netherlands, 2006. – P. 291.

[4] Jagusch S., Sinclair A. The impact of third parties on international arbitration – issues of assignment, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, printed in the Netherlands, 2006. – P. 294–295; Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and practice of international commercial arbitration, 4th ed. – London, Sweet & Maxwell, 2004. – P. 151.

требований к форме арбитражного соглашения в процессе правопреемства сделало бы передачу прав и обязанностей менее эффективной[1]. Кроме того, требование к форме в любом случае не имеет цели защитить последующего правопреемника; правопреемник считается уведомленным о наличии среди принятых прав и обязательств арбитражного соглашения и имеет достаточную возможность изучить все условия правопреемства[2]. Что касается проблемы необходимости отдельного согласия на принятие обязательств по арбитражному соглашению, то ее решение может зависеть от теоретико-правового подхода к правопреемству в определенной юрисдикции.

По нашему мнению, обозначенные проблемные вопросы стали одной из главных причин того, что процесс правопреемства арбитражного соглашения остается не урегулированным формально не только на международном уровне, но и в национальном законодательстве большинства государств. Тем не менее, в некоторых юрисдикциях существует судебная и арбитражная практика, определяющая национальный подход к этой процедуре.

Швеция. В Швеции одним из громких арбитражных дел, связанных с правопреемством арбитражного соглашения, является дело *Bulbank*[3], рассмотренное Торговой Палатой Стокгольма (ТПС). В этом деле Болгарский Внешнеэкономический Торговый Банк *(Bulbank)* заключил договор о предоставлении кредита с австрийским банком *GiroCredit (GC)*. В роли гаранта выступала американская компания *AI Trade Finance (AIT)*. Разногласия возникли в 1990 г., когда из-за финансовых трудностей правительство Болгарии наложило мораторий на выплату внешнеэкономического долга Болгарским Внешнеэкономическим Торговым Банком. *AIT* выполнила свои обязательства перед *GC* и обратилась с регрессными требованиями к *Bulbank* в Арбитражный суд при Торговой Палате Стокгольма. Формально, *AIT* и *GC* заключили между собой договор цессии, по которому австрийский банк передал американской компании все свои права по договору кредита, включая права по арбитражному соглашению. *GC* также уведомил *Bulbank* о состоявшейся передаче прав. Несмотря на то, что *Bulbank*, опираясь на доктрину автономности арбитражного соглаше-

[1] Veeder VV. Towards a Possible Solution: Limitation, Interest and Assignment in London and Paris // ICCA Congress. – Series №7. – Kluwer Law International, 1996. – P. 283.

[2] Girsberger, Hausmaninger, Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate // Arbitration International. – 1992. – Vol. 8. – P. 142.

[3] Supreme Court, 27 October 2000, Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. AI Trade Finance Inc, 15 (11) Mealey's IAR B 1 (2000), 13 (1) WTAM 147 (2001).

ния, оспорил юрисдикцию арбитражного трибунала и законность передачи прав, арбитражный суд опроверг аргументы ответчика и принял решение по юрисдикции в пользу истца. Сославшись на статью Girsberger and Hausmaninger, в своем решении арбитражный трибунал отметил, что доктрина автономности арбитражного соглашения отнюдь не означает, что арбитражная оговорка во время цессии должна рассматриваться сторонами отдельно[1]. Более того, по мнению Суда, факт цессии не должен позволить любой из сторон договора избежать своих обязательств по арбитражному соглашению. Цессионарий не может быть поставлен в более выгодную позицию, чем цедент из-за возможности уйти от арбитражных обязательств. С другой стороны, считается, что стороны приняли возможность правопреемства арбитражного соглашения, если только они не заявили обратное, например, путем идентификации (персонализации) сторон арбитражного соглашения или включения в контракт положения о запрете передачи прав третьей стороне без обоюдного согласия.

Вопрос об ограничении возможности правопреемства арбитражного соглашения был рассмотрен ТПС в деле № 17/1997[2] в 1998 г. В этом деле американская и китайская стороны заключили лицензионное соглашение, предметом которого был контроль за строительством фабрики по производству полистирина в Китайской Народной Республике. Договор содержал положение (п. 14.7) о том, что правопреемство, цессия любых прав и обязательств по договору одной стороной третьему лицу может осуществляться только после получения согласия второй стороны. В результате, когда между китайской стороной и третьим лицом, принявшим по договору цессии права американской стороны, из-за оплаты услуг возник арбитражный спор, арбитражный суд определил, что цессия противоречит п. 14.7 договора.

Еще одним резонансным делом в Швеции, связанным с цессией, было дело *MS EMJA Braack Schifarts KG* против *Wartsila Diesel Aktiebolag*[3], в котором Верховный Суд Швеции пришел к выводу, что обязательства по арбитражному соглашению распространяются как на цессионария, так и на цедента. При этом Суд определил, что только наличие специальных обстоятельств, таких как невозможность

[1] Girsberger, Hausmaninger, Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate // Arbitration International. – 1992. – Vol. 8. – P. 142.

[2] Final Arbitral Award and Additional Arbitral Award rendered in 1998 in case 17/1997, SAR, 2000:2. – P. 7.

[3] Decision of the Supreme Court, 15 October 1997, in the EMJA case, SAR, 1999:2. – P. 73.

заплатить арбитражный сбор, может освободить от обязанности идти в арбитраж. Свое решение Верховный Суд частично основывал на арбитражном решении по делу *Bulbank*.

Франция. До определенного момента во Франции видение проблемы правопреемства арбитражного соглашения заключалось в том, что для законной передачи арбитражного соглашения от правопреемника требовалось отдельное на это согласие[1]. Например, в деле *Fraser* против *Compagnie Europeenne des Petroles* Суд пришел к выводу, что арбитражная оговорка подчиняется принципу частности договора и, следовательно, не может обращаться в цепочке контрактов, если стороны прямо не установили обратное[2]. На сегодняшний день во французской арбитражной теории произошли существенные изменения. Так, по мнению коллектива авторов книги «О международном коммерческом арбитраже», правопреемник по договору, который пользуется выгодой переданных ему прав, не может избежать распространения на него действия содержащейся в договоре арбитражной оговорки. Принцип автономности арбитражного соглашения не содержит требования о необходимости отдельного доказывания двух намерений — одного в отношении главного договора, другого — в отношении арбитражного соглашения[3]. Следовательно, принцип автономности арбитражного соглашения не требует отдельного согласия правопреемника на принятие прав и обязанностей по арбитражной оговорке. Этот подход к преемству арбитражного соглашения уравнял французскую позицию с общей современной концепцией. Штефен Ягуш и Энтони Синклер считают, что новый подход к преемству арбитражного соглашения основывается на следующих двух судебных решениях[4].

В деле *Societe Clark International Finances* против *Societe Sud Materials Service* Апелляционный суд Франции отметил, что арбитражная оговорка в международном контракте имеет свои критерии дей-

[1] Jagusch S., Sinclair A. The impact of third parties on international arbitration – issues of assignment, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, printed in the Netherlands, 2006. – P. 305.

[2] Fraser v. Compagnie Europeenne des Petroles, Cour des cassation, 6 November 1990 (Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and practice of international commercial arbitration, 4th ed. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – P. 151).

[3] Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration. – The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1999. – P. 712.

[4] Jagusch S., Sinclair A. The impact of third parties on international arbitration – issues of assignment, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, printed in the Netherlands, 2006. – P. 307.

ствительности, в соответствии с которыми ее действие должно распространяться на правопреемника вместе с остальными переданными по контракту правами. При этом спор должен подпадать под сферу применения оговорки[1]. В деле *Banque Worms* против *Bellot* Суд кассации определил, что международное арбитражное соглашение передается вместе с другими относящимися к нему правами в той же степени, что и права, существующие между основными сторонами по договору[2].

Англия. Несмотря на то, что Арбитражный Акт Англии 1996 г. прямо не регулирует вопрос правопреемства арбитражного соглашения, в нем, однако, содержится косвенная ссылка на возможность проведения этой процедуры. Статья 82 (2) Акта определяет стороны арбитражного соглашения как «любые стороны, выступающие в качестве или от имени сторон соглашения»[3]. При этом, согласно английской судебной практике, указанное положение устанавливает правило, в соответствии с которым правопреемник может рассматриваться как сторона арбитражного соглашения, а правопреемство по своей природе является правовым и справедливым процессом[4]. В деле *Through Transport* против *New India Assuarance*, например, Суд определил, что правопреемник, полагающийся на арбитражную оговорку в переданном контракте, полностью подпадает под сферу применения ст. 82 (2) Арбитражного Акта Англии 1996 г.[5] Что касается требований к процедуре правопреемства, то они варьируются в зависимости от ее вида. Следует отметить, что законодательство Англии предусматривает три вида правопреемства, каждый из которых оказывает свое воздействие на возможность исполнения арбитражного соглашения[6].

В соответствии с законодательством Англии правопреемство бывает абсолютным, справедливым и статутным. В абсолютном

---

[1] Societe Clark International Finances v. Societe Sud Materials Service, Paris Cour d'appel, 20, April 1988 // Rev. Arb. – 1988. – P. 570.

[2] Banque Worms v. Bellot, Cour de cassation, 5 January 1999 // Rev. Arb, – 2000. – P. 85, 86.

[3] The English Arbitration Act 1996 (см.: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996/1996023.htm).

[4] Jagusch S., Sinclair A. The impact of third parties on international arbitration – issues of assignment, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, printed in the Netherlands, 2006. – P. 301.

[5] Jagusch S., Sinclair A. The impact of third parties on international arbitration – issues of assignment, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, printed in the Netherlands, 2006. – P. 301.

[6] Russell on Arbitration , 22nd edition. – Sweet & Maxwell, 2003. – P. 85–86.

правопреемстве передаются все права и обязанности по договору, включая право применить арбитражную оговорку. Об этом правопреемстве речь идет в ст. 136 Английского Акта о Собственности 1925 г.: правопреемство является абсолютным, в письменной форме, с обязательным уведомлением другой стороны[1]. В справедливом правопреемстве передаются только права. Оно не всегда эффективно для передачи права требования, включая право инициировать арбитраж[2]. Если стороны все же решат использовать этот вид правопреемства в арбитраже, то им предстоит выполнить два требования. Первым требованием является участие в процессе правопреемника вместе с лицом, передавшим права, вторым требованием является письменное уведомление другой стороны[3]. В отличие от двух других видов правопреемства, статутное правопреемство наступает не в результате соглашения сторон, а в силу действия закона, например, в случае банкротства. В статутном правопреемстве участие лица, передавшего права, в арбитражном процессе, не требуется[4]. Таким образом, в Англии справедливое правопреемство является наименее эффективным для инициирования арбитражной процедуры.

Соединенные Штаты Америки. В США, в деле *Thomson-CSF SA* против *AAA,* Суд отметил, что в соответствии с Федеральным Арбитражным Актом[5] для того, чтобы определить, применяется ли к не подписавшему арбитражное соглашение лицу это соглашение, используются обычные принципы договорного права и представительства[6]. Однако возможность применения теории правопреемства в США относительно участия в арбитраже может зависеть от права конкретного штата. При этом в судебной практике США в разных штатах существует немало прецедентов применения этой теории[7].

[1] The English Law of Property Act 1925 (см.: http://www.statutelaw.gov.uk).

[2] Herkules Piling Ltd v. Tilbury Construction Ltd // BLR. – Vol. 61. – 1992. – P. 107.

[3] Russell on Arbitration , 22nd edition. – Sweet & Maxwell, 2003. – P. 86.

[4] Jagusch S., Sinclair A. The impact of third parties on international arbitration – issues of assignment, Pervasive problems in international arbitration. – Kluwer Law International, printed in the Netherlands, 2006. – P. 303–304.

[5] Federal Arbitration Act (http://www.chamber.se/arbitration/shared_files/laws/arbitract_us_cont.html).

[6] Thomson-CSF SA v. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp. 64 F.3d 773, 776 (2d Cir 1995), http://www.westlaw.com, также см. Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corp., 774 F. Supp. 879 (S.D.N.Y. 1991), http://www.westlaw.com

[7] См.: Banque de Paris et des Pay-Bas v. Amoco Oil Company 573 F Supp 1464, 1469 (SDNY 1983), http://www.westlaw.com; United States v. Panhandle Eastern Corp, 672 F Supp 149 (D Del 1987), http://www.westlaw.com, etc

Российская Федерация. В России вопрос уступки права требования (цессии) регулируется гл. 24 Гражданского кодекса РФ. Например, согласно п. 2 ст. 382 ГК РФ для перехода к другому лицу прав кредитора не требуется согласие должника, если иное не предусмотрено законом или договором. Что касается возможности осуществления цессии в арбитражном процессе, то в российской теории арбитражного права существует точка зрения, согласно которой за цессионарием (правопреемником) сохраняются права, вытекающие из арбитражного соглашения, заключенного должником с цедентом (праводателем)[1]. Определенная позиция по этому вопросу содержится и в постановлении Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 17.06.1999 г. В этом постановлении указывается, что предъявление иска в защиту нарушенных прав представляет собой одну из составных частей содержания права требования, перешедшего к кредитору, к условиям, на которых права первоначального кредитора переходят к новому кредитору, может быть отнесено также условие об избрании определенного арбитража для разрешения возможных споров между участниками договора[2]. В практике Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС) существует несколько дел, затрагивающих вопросы цессии или правопреемства[3].

Так, в деле № 161/2002 (решение от 23.05.2003 г.) исковое заявление было предъявлено двумя компаниями с местонахождением на Британских Виргинских Островах (соистцами) к российской фирме в связи с невыполнением обязательств по договору международной купли-продажи. Первый из истцов по поручению второго истца заключил договор с ответчиком (продавцом) на поставку товара, плательщиком за который с согласия ответчика выступал второй истец. Спор возник из-за недопоставки товара продавцом. Далее, оба истца подписали соглашение о передаче первым истцом второму истцу права требования из договора. В соответствии с этим соглашением оба соистца должны были начать арбитраж против

[1] Лебедев С. Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. – М., 1997. – С. 78; Мусин В. А. Арбитражная оговорка во внешнеэкономическом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. – 2000. – № 4. – С. 37–38.

[2] См.: Вестник Высшего арбитражного суда РФ. – 1997. – № 9. – С. 66–67; Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. / Сост. М. Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – С. 94.

[3] См.: № 161/2002, решение от 23.05.2003 г. или № 30/2003, решение от 27.10.2003 г. // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. / Сост. М. Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – С. 92–96, 216–219.

фирмы-продавца, однако впоследствии первый истец вышел из арбитражного процесса.

МКАС пришел к выводу, что он имеет юрисдикцию по делу. Арбитражное соглашение между сторонами устанавливало, что «все споры и разногласия, могущие возникнуть из настоящего контракта или в связи с ним подлежат рассмотрению в Арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ в соответствии с его регламентом». Что касается правомерности цессии, то арбитражный суд пришел к выводу, что договор не содержал условие перехода прав кредитора к другому лицу с согласия должника. Следовательно, уступка права требования не противоречила условиям договора, а также п. 2 ст. 382 ГК РФ (основания и порядок перехода права кредитора к другому лицу). В деле № 30/2003 (решение от 27.10.2003 г.) арбитражный трибунал также признал цессию правомерной.

Третье лицо — выгодоприобретатель. В теории договорного права третьим лицом — выгодоприобретателем является физическое либо юридическое лицо, не являющееся стороной договора, но имеющее право на получение прибыли в связи с его исполнением. В большинстве юрисдикций существуют два вида выгодоприобретателей — так называемые «намеренные» (в интересах которых был заключен договор) и «случайные» (выгода которых по договору имеет случайный характер). Так, компания «А» перечисляет сумму денег компании «Б» в обмен на то, что компания «Б» выполнит поставку определенного товара компании «В». Для выполнения поставки компания «Б» заключила соглашение с перевозчиком «Г». В данном примере намеренным выгодоприобретателем выступает компания «В», так как фактически договор заключается в ее интересах. Случайный выгодоприобретатель «Г» не имеет права требовать выполнения договора, заключенного компаниями «А» и «Б». Его интерес договором между сторонами прямо не предусматривается.

В западной теории договорного права принято считать, что только третье лицо — «намеренный» выгодоприобретатель имеет право требовать выполнения договора через суд или арбитраж. Это условие закреплено в законодательствах некоторых стран, например, в Англии. Акт о договорах (Права третьих лиц) 1999 г. ст. 1 устанавливает: «В соответствии с этим Актом, лицо, не являющееся стороной договора («третье лицо»), может вступить в договорные правоотношения в том случае, если: а) договор прямо предусматривает это право; б) в соответствии с пунктом 2 этой статьи договор заключен в интересах

данного лица»[1]. Интересно отметить, что ст. 8 (b) Акта о договорах прямо определяет третье лицо — «намеренного» выгодоприобретателя как сторону арбитражного соглашения и, тем самым, закрепляет его право участвовать в арбитражном процессе: «Хотя арбитражное соглашение, в соответствии с ч. I Арбитражного акта 1996 г.[2], является письменным соглашением, третье лицо должно рассматриваться согласно указанному акту как сторона арбитражного соглашения…»[3].

В США, в деле *Christopher Specht* против *Netscape Communications Corporation*, Суд также установил прямую зависимость между возможностью третьего лица исполнить свое право по договору и однозначными намерениями сторон арбитражного соглашения наделить третье лицо этим правом. Суд считает: «Третье лицо — *намеренный* выгодоприобретатель имеет право требовать исполнения договора лишь в том случае, если договор заключен в интересах этого лица; при этом бремя доказывания данного факта возлагается на третье лицо»[4].

Несмотря на отмеченное выше, на практике, в сложных коммерческих делах с большим количеством компаний, связанных разного рода корпоративными связями, различие между «намеренным» и «случайным» выгоприобретателем определить не всегда просто. Следовательно, главный вопрос в этой теории заключается в поиске критериев для определения качества выгодоприобретателя, а также определения истинных намерений сторон договора. В США существуют некоторые прецеденты, иллюстрирующие эту проблему. Например, в деле *Brooklawn* против *Brooklawn Housing Corporation*[5] апелляционный суд пришел к выводу, что определяющим критерием прав третьего лица выгодоприобретателя является намерение сторон, заключивших контракт. Эффективная проверка этих намерений заключается в анализе договора на предмет наличия в нем выгоды для третьего лица либо существования ссылки на имя выгодоприобрета-

---

[1] The Contracts (Right of Third Parties) Act 1999 (см.: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/19990031.htm).

[2] The English Arbitration Act 1996 (см.: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996/1996023.htm).

[3] The Contracts (Right of Third Parties) Act 1999 (см.: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/19990031.htm).

[4] Christopher Specht v. Netscape Communications Corporation and America Online Inc. – 1 October 2002 – United States Court of Appeals, Second Circuit, Docket Nos. 01-7860, 01-7870, 01-7872, ICCA YB, Court Decisions, vol. XXVIII-2003, p. 217–230.

[5] Borough of Brooklawn v. Brooklawn Housing Corp., 124 N.J.L. 73, 11 A.2d 83 (E. & A. 1940) (см.: http://www.westlaw.com).

теля. В другом деле, *InterGen N.V.* против *Eric F. Grina*[1], Суд определил, что присутствие корпоративной связи между компаниями не является достаточным аргументом для признания третьего лица «намеренным» выгодоприобретателем, тем самым перейдя и к изучению намерений сторон, подписавших контракт.

Наконец, в одном из последних рассматриваемых дел (*Hugh Collins* против *International Dairy Queen, Inc.*)[2] Суд анализировал намерения сторон контракта через текстовое ограничение сферы применения арбитражного соглашения. В этом деле третьим лицом — выгодоприобретателем по договору субфранчайзинга выступил правообладатель по договору франчайзинга (коммерческой концессии). Субпользователи подали против него иск в государственный суд, однако правообладатель настаивал на приостановлении производств по делу в государственном суде до рассмотрения дела в арбитраже на основании арбитражных соглашений между участниками договора субфранчайзинга. Таким образом, проведя анализ арбитражных соглашений и установив, что ни в одном из них правообладатель прямого участия не принимал, Суд удовлетворил требование третьего лица в отношении тех арбитражных соглашений, где сторонами были указаны «стороны соглашения», без дополнительного языкового ограничения. По мнению Суда, в такого рода арбитражных соглашениях стороны не имеют определенных намерений ограничить сферу действия арбитражного соглашения на третьих лиц. При этом Суд сослался на благосклонность федеральной политики США к арбитражу и существование интереса третьего лица в договоре. Отметим, что в отношении тех арбитражных соглашений, где стороны были конкретизированы, Суд отказал правообладателю. Следовательно, арбитражные соглашение, содержащие языковое ограничение сферы их применения, по мнению Суда, не могут распространяться на третьих лиц.

Таким образом, в большинстве случаев для определения права третьего лица — выгодоприобретателя суды обычно анализируют отношения между ним и сторонами по договору через трактовку истинных намерений сторон. Именно путем трактовки намерений сторон договора Суд определяет качество выгодоприобретателя, является ли он «намеренным» или «случайным».

[1] InterGen N.V. v. Eric F. Grina et. al – 22 September 2003 – United States Court of Appeals, First Circuit, No. 03-1056, ICCA YB, Court Decisions (см.: http://www.kluwerarbitration.com).

[2] Hugh Collins v. International Dairy Queen,Inc., 2F. Supp. 2d 1465 (M.D.Ga., 1998) (см.: http://www.westlaw.com).

Теория представительства. Согласно теории представительства, если физическое или юридическое лицо (агент), формально подписавшее соглашение, действовало от имени другого физического или юридического лица, то арбитражное соглашение может распространяться на представляемое агентом лицо. При этом форма мандата агента, как правило, не имеет значения. Важно лишь иметь в виду, что в теории представительства представительские отношение нужно доказывать[1]. Если же достаточные доказательства в поддержку того, что подписавшее арбитражное соглашение лицо действовало от имени другого лица, предоставлены не будут, такая связь арбитражным трибуналом будет отвергнута[2].

Например, в деле *ad hoc*, *Marine Drive Complex* против *Ghana* (UNCITRAL), решение от 27.10.1989 г.[3], арбитражный трибунал пришел к выводу, что действие соглашения, заключенного с *GIC* представителем правительства Ганы, распространяется на правительство. Главным аргументом в поддержку решения арбитражного трибунала выступил текст арбитражного соглашения. Согласно этому тексту арбитражная оговорка прямо относилась к спорам «между иностранным инвестором и правительством». В другом арбитражном деле МТП № 5730, решение от 1988 г.[4], арбитражный трибунал пришел к выводу, что *Mr. Z* своими действиями признал, что *Mr. E*. имеет полномочия заключить договор, содержащий арбитражную оговорку от его имени, так как соглашения подписывались в присутствии *Mr. Z*.

В США решение проблемы представительства в арбитраже может меняться в зависимости от штата. Например, в деле *Pritzker* против *Merrill Lynch*[5] Суд определил, что действие арбитражного соглашения распространяется не только на представляемое лицо, но и на его агентов, служащих, представителей, а также других связанных с ним лиц. В другом деле, *Westmoreland* против *Sadoux*[6], апелляционный суд определил, вразрез с предыдущим решением, что агент или служащий

[1] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 11.

[2] ICC final award in case №7626 of 1995 // Yearbook of Commercial Arbitration. – 1997. – Vol. 22. – P.132.

[3] Marine Drive Complex v. Ghana //, 19 Y.B. Com. Arb., 1994, p.11.

[4] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 13-14.

[5] Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, 7 F.3d 1110, 1112 (3d Cir. 1993) (см.: http://www.westlaw.com).

[6] Westmoreland v. Sadoux, 299 F.3d 462 (5.Cir.2002) (см.: http://www.westlaw.com).

подписавшего арбитражное соглашение лица не могут инициировать арбитраж, если только само соглашение не устанавливает обратного.

Инкорпорация арбитражного соглашения ссылкой. Гарантия. В западноевропейских странах в арбитраже широко распространена теория инкорпорации арбитражного соглашения ссылкой. Инкорпорация ссылкой может иметь место в случае, когда, например, сторона заключает договор, не содержащий арбитражного соглашения, но имеющий на него ссылку либо ссылку на отдельный договор, где одним из условий выступает арбитражное соглашение.

На практике проблема инкорпорации арбитражного соглашения ссылкой часто возникает в связи с гарантией[1]. В теории гарантии ключевой вопрос заключается в том, распространяется ли арбитражное соглашение на гаранта. Договор гарантии всегда содержит прямую или косвенную ссылку на договор, по которому гарантом (в данном случае третьим лицом) предоставляется гарантия. Если второй договор содержит арбитражное соглашение, то в процессе инициирования арбитража гарант может опираться сразу на две теории: инкорпорации арбитражного соглашения ссылкой и гарантии.

Так, в деле № 381/1999, рассмотренном МКАС РФ (решение от 15.01.2001 г.),[2] иск был предъявлен российской компанией (продавец) к монгольской компании (покупатель), с которой был заключен договор международной купли-продажи товаров, а также к монгольскому банку (гаранту), выдавшему гарантию исполнения покупателем обязательств платежа. Несмотря на то, что монгольский банк не признал своей обязанности по гарантии, МКАС признал свою юрисдикцию по делу. Его решение содержало следующие положения: 1) контракт между сторонами содержит условие о платеже под гарантию банка; 2) поскольку одним из условий контракта является договоренность об арбитраже, то, принимая на себя гарантию исполнения обязательств по контракту, гарант без каких-либо изъятий согласился и с условием арбитражной оговорки.

В США существует двухступенчатый подход к теории инкорпорации арбитражного соглашения ссылкой. Кроме наличия самой инкорпорации ссылкой, обязательным является так называемое широкое арбитражное соглашение, не содержащее языковых ограниче-

[1] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 31.

[2] См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001-2002 г.г./ Сост. М. Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – С. 33–36.

ний на распространение его действия на третьих лиц[1]. Следует отметить, что это условие имеет отношение ко всем перечисленным выше теориям. Ярким примером соблюдения этих условий при применении в США теории инкорпорации арбитражного соглашения ссылкой, а также примером связи теории инкорпорации ссылкой с теорией гарантии представляется дело *Kvaerner* против *Bank of Tokyo Mitsubishi*[2]. В этом деле обеспеченный гарантией договор строительного подряда содержал широкую арбитражную оговорку, отсылающую к арбитражу регламентированному правилами Американской Арбитражной Ассоциации. Когда одна из сторон договора, банк, обратилась с иском против гаранта в суд, Федеральный Окружной Суд Северной Каролины принял решение направить стороны для разрешения спора в арбитраж на основании содержащегося в договоре строительного подряда арбитражного соглашения. Впоследствии это решение было оставлено в силе судом апелляционной инстанции. По мнению суда, инкорпорация ссылкой имела место, поскольку положением о гарантии гаранту предоставлялись такие же права и обязанности, как и сторонам договора строительного подряда. Также Суд обратил внимание на существование в договоре широкой арбитражной оговорки.

Теория группы компаний. Теория группы компаний затрагивает вопрос возможного расширения действия арбитражной оговорки на участников единой группы заинтересованных в определенной сделке лиц (компаний, акционеров, членов правления) в случае, если не все они подписали соглашение. Эти лица вправе выступать в арбитражном деле в роли соистцов или соответчиков. Их заинтересованность может формально проявляться в совместном участии в проведении предварительных переговоров перед заключением сделки. Вопрос также может касаться ситуации, когда все участники единой заинтересованной группы являются сторонами разных соглашений (с разными арбитражными оговорками), но при этом все эти соглашения имеют отношение к одной и той же сделке. Часто в такой ситуации для полного и объективного рассмотрения спора возникает необходимость привлечь в единый арбитражный процесс всех участников группы, даже если формально они не являются участниками одного арбитражного согла-

[1] Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 30.

[2] Kvaerner v. Bank of Tokyo Mitsubishi, 210 F.3d 262 (4th Cir. 2000) (см.: http://www.westlaw.com).

шения. Отвечая на вопрос о возможности применения теории группы компаний, как и других рассмотренных выше теорий, арбитражный трибунал или государственный суд трактуют общие намерения сторон при подписании соглашения. Сама по себе концепция возможного расширения сферы действия арбитражного соглашения (без указанного выше критерия) является заблуждением[1].

Известным примером применения теории группы компаний в арбитраже является дело *Dow Chemical France* против *Isover Saint Gobain*[2]. Рассмотрев его, арбитражный трибунал пришел к заключению, что арбитражная оговорка, подписанная определенной группой компаний, должна распространяться, в том числе, и на другие компании (в силу их роли в заключении, исполнении и прекращении указанных соглашений). Следовательно, исходя из взаимного намерения всех сторон процесса, эти стороны являются надлежащими сторонами данных контрактов и спора. К аналогичному мнению пришел арбитражный трибунал в деле *Peterson Farms Inc* против *C&M Farming LTD*[3]. Однако в процессе обжалования английский коммерческий суд из-за рассмотренной ниже проблемы применимого права к договору отменил это решение. Поскольку это дело является достаточно известным прецедентом, его следует рассмотреть подробно.

Согласно фабуле дела *Peterson Farms Inc* против *C&M Farming LTD*, одна сторона, индийская компания (покупатель), заключила договор международной купли-продажи живой домашней птицы с другой стороной, зарегистрированной в соответствии с правом штата Арканзас (продавец). По договору покупателю была продана продавцом птица мужской особи. Впоследствии покупатель размножил ее с целью перепродажи другим членам группы для разведения бройлеров. Однако позже выяснилось, что птица была инфицированной. Это привело к убыткам как покупателя, так и других членов его группы. Так как в договоре купли-продажи содержалась арбитражная оговорка МТП, покупатель инициировал арбитраж, требуя возмещения убытков, причиненных всей группе компаний. Арбитражный трибунал принял положительное решение о юрисдикции в отношении всей группы, основывая его на теории группы компаний. Он отметил,

[1] Hanotiau B. Groups of Companies in International Arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Netherlands: Law International, 2006. – P. 281.

[2] ICC case №4131, 1982, Interim Award, Dow Chemical France et la v. Isover Saint Gobain, IX YBCA, 1984. – P. 131.

[3] Peterson Farms Inc v. C&M Farming LTD [2004] All ER (D) 50; (2004) EWHC 121 (Comm).

что истец заключил соглашение не только в своих интересах, но и в качестве агента третьих лиц. Что касается продавца, то арбитражный трибунал установил, что Петерсону (продавцу) было известно, что он вел переговоры о заключении договора со всей группой *C&M*, следовательно, он несет обязательства перед всей группой.

Усугубляющим фактором в этом деле было положение договора о применимом праве. В соответствии с этим положением применимым к договору правом было право штата Арканзас, определенное сторонами как аналогичное английскому праву. При этом в английском праве теория группы компаний не признается. В отношении этой проблемы арбитражный трибунал установил, что право штата Арканзас является применимым к основному договору, но не к арбитражному соглашению. Кроме того, поскольку стороны не определили право, регламентирующее арбитражное соглашение, арбитражный трибунал принял решение по этому вопросу, основываясь на общих намерениях сторон. В процессе обжалования арбитражного решения английский коммерческий суд (a) отклонил вышеупомянутое решение арбитражного трибунала; (в) признал право штата Арканзас применимым к решению проблемы; (c) следовательно, отверг возможность применения теории группы компаний; (d) признал законным право истца требовать возмещение вреда; (e) отклонил возможность требовать возмещение вреда для других членов группы *C&M*.

Следует отметить, что, сталкиваясь с теорией группы компаний, некоторые могут ошибочно полагать, что суть этой теории заключается во взаимозависимости материнской компании от ее филиалов. На самом деле ключевым моментом в этой теории является совместное участие в сделке всех членов группы компаний, их взаимная заинтересованность в соглашении, знание о существовании арбитражной оговорки[1]. Ведь на практике в международной коммерческой сделке не всегда представляется возможным заключить многостороннее соглашение. Случается, что одна сторона, формально подписывающая договор, заключает его не только в своих интересах, но и в интересах других компаний. Важно подчеркнуть и то, что в арбитраже теория группы компаний обладает своими собственными признаками и рассматривается как самостоятельная теория. Тем не менее, в практике арбитражного процесса она может соприкасаться с другими перечисленными выше теориями третьих лиц. В частности, она может

[1] Hanotiau B. Groups of Companies in International Arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Netherlands: Law International, 2006. – P. 281.

взаимозаменяться, по нашему мнению, с теорией представительства.

***Alter ego*, теория проникновения через корпоративную вуаль.** Несмотря на то, что обе теории имеют определенное сходство, они в теории арбитража рассматриваются отдельно. Суть первой теории состоит в том, что в процессе единой международной сделки заключается множество соглашений разными сторонами, а это в итоге приводит к ситуации, при которой невозможно определить, кто несет ответственность и за что. По второй теории собственник компании или любое другое лицо, управляющее компанией, использует ее для юридического прикрытия, заключая от ее имени в своих интересах соглашения. Согласно последним тенденциям в арбитраже в некоторых случаях не представляется возможным установить надлежащие стороны договора или, «приподняв» корпоративную вуаль, привлечь к ответственности истинную сторону соглашения.

В некоторых случаях теорию *alter ego* путают с теорией группы компаний, поскольку в последней теории речь также идет об определении надлежащих сторон договора. Разница между этими теориями заключается в том, что в теории *alter ego* участниками арбитражного процесса становятся «акционеры вместо компании», в то время как в теории группы компаний участниками арбитражного процесса становятся «акционеры вместе с компанией»[1]. Так как теория *alter ego* и теория проникновения через корпоративную вуаль в нашей системе права применяются крайне редко, приведем лишь два примера, иллюстрирующих успешное их применение. В первом случае — это дело МТП № 6000 от 1988 г.[2], во втором — дело *Orri*[3].

Estoppel. *Estoppel* — это правовая доктрина, признанная как в общем праве, так и в праве справедливости. Основная суть ее заключается в защите прав лица, которому было дано определенное обещание; при этом лицо на это обещание в разумных пределах рассчитывало; в случае его невыполнения, может понести убытки. В арбитражной практике стран англосаксонской системы права эта теория

[1] Hanotiau B. Groups of Companies in International Arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Netherlands: Law International, 2006. – P. 287.

[2] ICC Interim Partial award in case №6000 of 1988 // ICC Ct. Bull. – 1991. – Vol. 2. – P. 31; Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 43–44.

[3] ICC partial award of 24.08.1988 in case №5730 // J. Droit Int'l (Clunet). – 1990. – Vol. 117. – P. 1029, Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 44–45.

иногда применяется третьими лицами, не подписывавшими арбитражное соглашение, для привлечения нарушивших «обещание» участников соглашения к арбитражной ответственности. Среди наиболее известных примеров удачного применения теории *estoppel* можно выделить следующие дела: *Thomson-CSF SA* против *American Arbitration Association*[1]; *Amkor Tech., Inc.* против *Alcatel Bus. Sys*.[2]; *Sunkist Soft Drinks, Inc.* против *Sunkist Growers, Inc*.[3] и другие.

Таким образом, в доктрине арбитража существует ряд основных теорий, которые позволяют расширить действие арбитражного соглашения на третьих лиц. Рассмотренные выше теории признаются не во всех юрисдикциях. Например, в Швейцарии до недавнего времени федеральные суды достаточно неохотно признавали возможность расширения арбитражной оговорки на третьих лиц. Немецкий подход (а также и некоторых стран СНГ, включая Украину) к этому вопросу и по сей день остается достаточно суровым. В Англии теория группы компаний является несовместимой с принципом частности договора. Наиболее либеральными к теориям третьих лиц остаются США и Франция[4].

Исходя из этого представляется необходимым вернуться к затронутому ранее вопросу о возможной конкуренции норм права места арбитража или права договора с волей сторон (намерениями сторон). На наш взгляд, для его решения применима позиция Бернарда Хэнотью. В своей работе он отметил, что вопрос о расширении арбитражного соглашения (на третьих лиц) должен анализироваться, скорее, сквозь призму согласия сторон соглашения, нежели через определение возможности применения теории в определенной юрисдикции[5]. По его мнению, печально известный прецедент *Peterson Farms Inc.* против *C&M Farming LTD*[6] вызвал неоднозначную реакцию и противоречивые суждения у английских юристов, а также у юристов конти-

---

[1] Thomson-CSF SA v. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp. 64 F.3d 773, 776 (2d Cir 1995) (см.: http://www.westlaw.com).

[2] Amkor Tech., Inc v. Alcatel Bus. Sys., 278 F. Supp. 2d 519 (E.D.Pa 2003) (см.: http://www.westlaw.com).

[3] Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F3d 753 (11th Cir. 1993) (см.: http://www.westlaw.com).

[4] Hanotiau B. Groups of Companies in International Arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Netherlands: Law International, 2006. – P. 285.

[5] См.: Hanotiau B. Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2005. – P. 104.

[6] Peterson Farms Inc. v. C&M Farming LTD [2004] All ER (D) 50; (2004) EWHC 121 (Comm).

нента[1]. Кроме того, следует отметить, что концепция «доминирования воли сторон над правом места арбитража и правом договора» находит свою поддержку в основополагающем арбитражном принципе автономии воли сторон.

Как уже указывалось, дополнительными препятствиями в применении теории третьих лиц являются: концепция согласия сторон, письменное требование к арбитражному соглашению ст. II Нью-Йоркской конвенции, трактовка природы арбитражного соглашения. Что касается проблемы согласия сторон и трактовки их намерений при заключении арбитражного соглашения, то этот вопрос является существенным для определения ее действительности.

Согласно принципу компетенции компетенции арбитражный трибунал имеет полномочия выносить решение по этой проблеме. Относительно последних двух препятствий, то они, по нашему мнению, не создают коллизии с теорией третьих лиц, а, скорее, являются результатом узкой трактовки ст. II Нью-Йоркской конвенции и природы арбитражного соглашения соответственно.

[1] Hanotiau B. Groups of Companies in International Arbitration, Pervasive problems in international arbitration. – Netherlands: Law International, 2006. – P. 289.

12. АРБИТРАЖНЫЕ РЕШЕНИЯ. ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ

Рассмотрев спор, арбитраж выносит решение, которым разрешается дело по существу. Арбитражное решение является окончательным. Оно выносится в письменной форме и подписывается единоличным арбитром или арбитрами. При коллегиальном арбитражном разбирательстве достаточно наличия подписей большинства членов третейского суда при условии, что указаны причины отсутствия других подписей. В арбитражном решении должны быть указаны мотивы, на которых оно основывается, вывод об удовлетворении или отклонении исковых требований, сумма арбитражного сбора и расходов по делу, их распределение между сторонами, дата и место арбитража. После вынесения арбитражного решения каждой стороне должна быть передана его копия, подписанная арбитрами.

В соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (п. 2 ст. 32) арбитражное решение излагается в письменной форме и является окончательным и обязательным для сторон. Стороны обязуются выполнять арбитражное решение без промедления. Как видно, данный регламент не содержит возможности обжалования решений арбитража, что означает их абсолютную устойчивость. Вместе с тем национальные законодательства и международные нормативно-правовые акты об арбитраже предусматривают отдельные ограниченные основания возможности отмены решений международного коммерческого арбитража. Эти основания имеют исключительный характер. А. Д. Крупчан правильно обращает внимание на природу этого вопроса. Автор отмечает, что государственный суд, как правило, не имеет права отменять арбитражное соглашение. Во-первых, исходя из правовой природы международного коммерческого арбитраж-

ного суда как суда негосударственного, а создаваемого самими сторонами, между которыми возник спор, что исключает юрисдикцию государственного суда относительно этого спора. Во-вторых, в связи с отсутствием соответствующей международно-правовой базы. В-третьих, решения международного коммерческого арбитражного суда определяется относительно соглашения между сторонами, исходя из которого оно принято, юридической самостоятельностью, поскольку не зависит от действительности самого контракта. Это означает, что решение международного коммерческого арбитражного суда живет самостоятельной жизнью, его реализация зависит только от воли стороны, в пользу которой оно постановлено. Принцип окончательности и обязательности решений международных коммерческих арбитражных судов является достаточно фундаментальным и эффективным[1].

В национальном законодательстве могут быть предусмотрены различные формы оспаривания решения (заявление об отмене, апелляция и др.). Типовой закон ЮНСИТРАЛ предусматривает возможность отмены арбитражного решения путем обжалования. Обжалование в суде арбитражного решения может быть осуществлено только путем передачи ходатайства об отмене, в частности, в том случае если сторона, заявляющая ходатайство, представит доказательства того, что одна из сторон в арбитражном соглашении была в какой-либо мере недееспособна; если это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а в отсутствие такого указания — закону страны суда; если сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения, или решение вынесено по спору, не предусмотренному либо не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения; если состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон и т. д. Решение может быть обжаловано и в том случае, если суд определит, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам данного государства или арбитражное решение противоречит публичному порядку данного государства.

[1] Крупчан О. Д. Оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу// Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Під заг. ред. І. Г. Побірченка. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 57.

В Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. содержится отдельная статья, посвященная объявлению арбитражного решения недействительным. В соответствии со ст. IX данной Конвенции отмена арбитражного решения, подпадающего под действие настоящей Конвенции, в одном из Государств-участников Конвенции будет являться причиной отказа в признании или исполнении этого решения в других Государствах-участниках настоящей Конвенции только при условии, что отмена арбитражного решения была произведена в Государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено, и лишь по одному из следующих оснований:

а) стороны в арбитражном соглашении были, по применимому к ним закону, в какой-либо мере недееспособны или это соглашение было недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено; или

в) сторона, требующая отмены решения, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

c) указанное решение было 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 не быть отменена; или

d) состав арбитражной коллегии или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такого, не соответствовали положениям статьи 4 настоящей Конвенции.

В связи с применением указанной Конвенции следует отметить, что государственный суд не вправе отменить решение международного коммерческого арбитража, если оно вынесено в государстве, не участвующем в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Так, российское открытое акционерное общество обратилось в арбитражный суд с заявлением об отмене арбитражного реше-

ния, вынесенного международным коммерческим арбитражем *ad hoc* (Стокгольм, Швеция), о взыскании денежных средств с заявителя по иску швейцарской и австрийской компаний.

Определением суда первой инстанции заявленное требование удовлетворено.

Суд кассационной инстанции оставил определение без изменения.

Рассматривая заявление об отмене иностранного арбитражного решения, суды руководствовались частью 5 ст. 230 АПК РФ, согласно которой и предусмотренных международным договором Российской Федерации случаях в соответствии с параграфом I главы 30 названного Кодекса может быть оспорено иностранное арбитражное решение, при принятии которого применены нормы законодательства Российской Федерации.

Поскольку заключившие арбитражное соглашение стороны имели свое местонахождение и Австрии и Российской Федерации — участниках Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., арбитражные суды, руководствуясь статьей I Конвенции, сделали вывод о том, что к решению указанного суда ее положения применяются.

Между тем судами не было учтено следующее.

Решение международного коммерческого арбитража *ad hoc* (Стокгольм, Швеция), заявление об отмене которого подано в арбитражный суд Российской Федерации, вынесено с применением Закона Швеции «Об арбитраже» 1999 года. Применимым материальным правом являлось право Российской Федерации, производство велось на русском языке, спор рассматривался российскими арбитрами.

Пункт 1 статьи IX Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. предусматривает возможность отмены арбитражного решения в государстве в котором или по закону которою это решение было вынесено. Однако данный пункт применяется только в отношении государств, участвующих в этой Конвенции. Швеция государством-участником Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. не является.

Статья IX названной Конвенции не затрагивает вопросов, связанных с возможностью, основаниями и порядками отмены арбитражных решений государствами, не являющимися участниками Конвенции. Такие вопросы регулируются внутренним законодательством соответствующих государств и международными договорами.

Поэтому условие этой Конвенции о том, что это решение международного коммерческого арбитража может быть отменено в Российской Федерации, к решениям, вынесенным в Швеции не применяется.

Закон Швеции «Об арбитраже» 1999 г. допускает отмену арбитражного решения в течение трех месяцев с даты получения стороной его окончательного текста и применяется к арбитражным разбирательствам, имевшим место в Швеции, независимо от наличия в споре международного элемента (статьи 33, 34, 46 Закона). Следовательно, решение, заявление об отмене которого подано в арбитражный суд Российской Федерации, может быть оспорено в Швеции.

При таких обстоятельствах Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации дело по заявлению открытого акционерного общества об отмене решения международного коммерческого арбитража *ad hoc* (Стокгольм, Швеция) на основании пункта 1 части 1 статьи 150 АПК РФ прекратил[1].

Перечисленные в ст. IX Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. основания для оспаривания и отмены решений аналогичны основаниям для признания и приведения к исполнению решений, предусмотренным Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (п. 1 ст. V).

Как свидетельствует практика, решения арбитража исполняются добровольно. Добровольность исполнения решений арбитража соответствует правовой природе этой юрисдикции. Вместе с тем иногда возникает необходимость обратиться к использованию мер принудительного исполнения решений арбитража.

Арбитражное решение национального арбитража в той или иной стране обычно исполняется в том же порядке, что и решение суда. Одним из условий использования такого порядка является, как правило, получение в той или иной форме разрешения суда на принудительное исполнение арбитражного решения. Так, в соответствии со ст. 398 ГПК Украины для исполнения решения арбитража необходимо получить исполнительный лист, который является единственным основанием для возбуждения исполнительного производства и принудительного исполнения решений арбитража.

---

[1] Информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. – 2006. – № 2. – С. 134 – 135.

Для международного коммерческого арбитража более актуальной проблемой является порядок исполнения иностранного арбитражного решения. Речь идет о том, может ли арбитражное решение быть исполненным в другой стране. Несмотря на отличия в национальных законодательствах, следует констатировать, что, в принципе, возможность принудительного исполнения иностранного арбитражного решения предусмотрена во всех странах. Однако механизм принудительного исполнения может существенно отличаться. В соответствии со ст. 1498 ГПК Франции арбитражные решения признаются во Франции, если их существование доказано теми, кто на них ссылается, и если это признание не будет явно противоречить международному публичному порядку. При тех же условиях судебный исполнитель объявляет их подлежащими исполнению во Франции. При этом ГПК Франции предусматривает, что арбитражное решение с момента его вынесения имеет значение вступившего в законную силу судебного решения в отношении рассмотренного спора (ст. 1476).

Таким образом, общий принцип исполнения иностранных арбитражных решений сводится к тому, что они могут быть исполнены по законодательству той страны, где испрашивается их исполнение. Если же имеется международный договор, участником которого является то или иное государство, то в соответствии с договорной международной практикой применяются международно-правовые нормы.

Несмотря на общее положение о возможности принудительного исполнения иностранного арбитражного решения, существуют разные механизмы признания иностранного арбитражного решения как основания его последующего исполнения.

В соответствии со ст. 35 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при представлении в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение. Сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, должна представить оригинал должным образом заверенного арбитражного решения или должным образом заверенную копию такового, а также оригинал арбитражного соглашения или должным образом заверенную его копию. Если арбитражное решение или соглашение изложены на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на

украинском или русском языке. Аналогичные правила содержатся в Законе Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 35).

Таким образом, в приведенных случаях для признания решения иностранного арбитража законодательство не предусматривает формальной процедуры подтверждения юридической действительности решения. Однако в законодательстве отдельных стран установлены различные процедуры экзекватурирования. Так, согласно статьям 1477, 1478 ГПК Франции иностранное арбитражное решение подлежит приведению в исполнение только на основании постановления об экзекватуре, исходящего от суда первой инстанции, в районе которого решение было вынесено. Экзекватура выдается судебным исполнителем указанного суда. Для этих целей текст арбитражного решения вместе с экземпляром арбитражного соглашения сдается арбитром или любой из сторон на хранение в секретариат указанного суда. Надпись об экзекватуре делается на тексте арбитражного решения. Постановление об отказе в экзекватуре должно быть мотивировано.

В отличие от названной процедуры экзекватурирования решения арбитража, в законодательстве некоторых стран предусматривается предъявление иска о приведении в исполнение арбитражного решения, который рассматривается судьей.

С учетом того, что правила признания и возможности исполнения арбитражных решений унифицированы в международном масштабе, имеет смысл остановиться па положениях Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

Конвенцией урегулированы основные вопросы о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (статьями III, IV, V, VI). Обязательство участников Конвенции о признании и приведении в исполнение арбитражных решений содержится, прежде всего, в ст. III, которая предусматривает, что договаривающееся государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях. К признанию и приведению в исполнение арбитражных решений не должны применяться существенно более обременительные или более высокие пошлины или сборы чем те, которые суще-

ствуют для признания и приведения в исполнение внутренних арбитражных решений.

Как видим, в Конвенции не содержится процедура названного производства. Она отсылает к национальному процессуальному законодательству и оставляет за каждым государством право определять процедуру признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Вместе с тем Конвенция установила нормы, предупреждающие дискриминационный подход к признанию и исполнению иностранных арбитражных решений, предусмотрев необременительный пошлинный режим. Кроме того, в этих же целях ст. IV содержит исчерпывающий перечень документов, которые должна представить сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение при подаче такой просьбы. Это — должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенная его копия, подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенная его копия.

Компетентный суд того или иного государства должен строго руководствоваться ст.1V Конвенции, поскольку с этим связывается законность получения признания и привидения в исполнение арбитражного решения. Так, в декабре 1999 г. компания «Фулмар ЛТД» (далее — компания) обратилась с ходатайством в Николаевский областной суд о признании и исполнении на территории Украины решения Лондонской морской арбитражной ассоциации от 19 января 1999 г. о взыскание с ООО «Пасифик Мєритайм Компани» (далее — ООО) 31 тыс. 370 долларов 62 цента США.

Постановлением Николаевского областного суда от 29 сентября 2000 г. в удовлетворении ходатайства отказано.

В жалобе на постановление заявитель просил отменить его, ссылаясь на то, что суд, решая вопроса о признании и исполнении решения иностранного суда, неполно выяснил обстоятельства дела и неправильно применил нормы права.

Выслушав докладчика, объяснения представителей взыскателя и должника, проверив доводы, изложенные в жалобе, и материалы дела, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Украины признала, что жалоба удовлетворению не подлежит по таким основаниям.

В соответствии с разъяснениями Пленума Верховного Суда Украины, которые содержатся в п. 12 постановления от 24 декабря 1999 г. № 12 «О практике рассмотрения судами ходатайств о признание и

выполнении решений иностранных судов и арбитражей и об отмене решений, постановленных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины», ходатайства о признании и исполнении решений иностранных судов (арбитражей) суд рассматривает в определенных ими границах и не может входить в обсуждение правильности этих решений по сути, вносить в них какие-либо изменения.

В соответствии с международными договорами Украины суд отказывает в удовлетворении ходатайства о признании и исполнении решений иностранного суда в случаях, когда, в частности, отсутствует документ, который подтверждает соглашение сторон по делу, о договорной подсудности, кроме того, ответчик не принимал участия в процессе, поскольку ему или его уполномоченному не был своевременно и надлежащим образом вручен вызов в суд.

В судебном заседании при допуске к исполнению и признании на территории Украины решения Лондонской морской арбитражной ассоциации от 19 января 1999 г. о взыскание с ООО 31 тыс. 370 долларов 62 центов США установлено, что взыскатель не предъявил оформленный документ, предусмотренный ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», который бы свидетельствовал о заключение арбитражного соглашения.

При таких обстоятельствах суд правильно пришел к выводу, что компания нарушила требования, предусмотренные ст. IV Нью-Йоркской конвенции (Нью-Йорк, 1958 г.; приобрела силу для Украины 10 января 1961 г.). Основания для признания и допуска на территории Украины решения Лондонской морской арбитражной ассоциации от 19 января 1999 г. о взыскание с ООО 31 тыс. 370 долларов 62 центов США отсутствуют.

Постановленное по делу определение соответствует материалам дела и требованиям законодательства, оснований для его отмены не усматривается. Поэтому судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Украины жалобу компании оставила без удовлетворения, а определение Николаевского областного суда — без изменения[1].

По другому делу Верховный Суд Украины признал, что у суда, рассматривающего дело, не было оснований для отказа в принятии ходатайства о признании и исполнения решения международного

[1] Рішення Верховного Суду України. Офіційне видання / За заг. ред. В. Ф. Бойка. Щорічник 2001. – К., 2001. – С. 68–69.

коммерческого арбитража. Суть данного дела сводится к тому, что в июле 2000 г. в Одесский областной суд поступило ходатайство от Азербайджанского государственного Каспийского морского пароходства (далее — пароходство) о признании и исполнении на территории Украины решения Международного морского и речного арбитражного суда при БИНСА (далее — ММРАС при БИНСА) от 30 сентября 1999 г., которое обязало Государственную судоходную компанию «Черноморское морское пароходство» (далее — судоходная компания) выплатить сумму иска — 340 тыс. 609 долларов 11 центов США, вознаграждение адвокату — 34 тыс. долларов 91 цент и выплатить арбитражный и регистрационный сбор в сумме 8 тыс. 769 долларов США. Ссылаясь на то, что данное решение добровольно должником не исполняется, пароходство просило удовлетворить его ходатайство.

Решением Одесского областного суда от 20 октября 2000 г. ходатайство удовлетворено.

В жалобе судоходная компания просила отменить данное решение как незаконное.

Выслушав ответчика, пояснения представителя пароходства и проверив материалы дела, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Украины признала, что жалоба удовлетворению не подлежит по таким основаниям.

Согласно ст. 1 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон) этот Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Украины. Однако положения, предусмотренные статьями 8, 9, 35 и 36 Закона, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей.

Порядок признания и исполнения решений ММРАС при БИНСА определен Конвенцией о признании и исполнении иностранных арбитражных решений, принятой в г. Нью-Йорке в 1958 г., и Законом. В частности, согласно ст. 35 Закона арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было принято, признается обязательным, и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства исполняется с учетом положений этой статьи и ст. 36.

Поскольку судоходная компания, в частности ее орган управления, находятся на территории Одесской области, поступление ходатайства о признании и исполнении указанного решения в Одесский областной суд не противоречило ни Конвенции, ни внутреннему законодательству Украины.

Поскольку судоходная компания никаких доказательств, которые были бы основанием для отказа в признании и исполнении данного решения на территории Украины, не предоставила, областной суд обоснованно удовлетворил ходатайство пароходства. Изложенные в жалобе доводы необоснованны.

Учитывая, что решение Одесского областного суда соответствует материалам дела и требованиям закона и оснований для его отмены нет, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Украины оставила решение без изменений, а жалобу судоходной компании — без удовлетворения[1].

Принципиальное положение Нью-Йоркской конвенции состоит в том, что она установила единый режим для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, предусмотрев исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и приведении решения в исполнение. Так, в соответствии со ст. V Конвенции в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

а) стороны в соглашении 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, или

б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, либо по другим причинам не могла представить свои объяснения, или

в) 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 реше-

[1] Рішення Верховного Суду України. Офіційне видання. Щорічник 2001 / За заг. ред. В. Ф. Бойка. – К., 2001. – С. 70–71.

ния, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение, или

г) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон, или при отсутствии такового не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж, или

д) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено либо приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть 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 или

б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

Весьма интересным представляется отказ в признании и приведении в исполнение арбитражных решений по основаниям их противоречия публичному порядку страны. Так, российское открытое акционерное общество (далее акционерное общество) и иностранная фирма (далее — фирма) обратились в арбитражный суд с заявлением о признании и приведении в исполнение вынесенного за рубежом решения международного коммерческого арбитража (далее — арбитраж) о взыскании убытков с российского совместного предприятия и одного из его учредителей в сумме свыше 20 миллионов долларов США.

Определение арбитражного суда заявление удовлетворено.

Ответчики обратились в Высший арбитражный суд Российской Федерации с просьбой отменить вынесенной определение и отказать в признании и приведении в исполнение на территории Российской Федерации решения арбитража.

Компетенция арбитража основывалась на арбитражной оговорке, содержащейся в договоре о порядке реорганизации совместного предприятия и о выходе акционерного общества и фирмы из состава учредителей.

В соответствии с арбитражной оговоркой рассмотрению в арбитраже подлежали споры, связанные с реорганизацией совместного предприятия в общество с ограниченной ответственностью, уступкой акционерным обществом и фирмой своих долей учредителям обще-

ства с ограниченной ответственностью, а также оплатой учредителями этой уступки в имущественной форме.

В своем решении арбитраж вопрос о судьбе акций (долей) в уставном фонде совместного предприятия не затрагивал. В то же время арбитраж признал совместное предприятие и акционерное общество обязанными оплатить иностранной фирме стоимость вклада в уставной капитал. При этом не учитывалось, что иностранная фирма вклад в уставной капитал совместного предприятия произвела в имущественной форме, в виде оборудования, которое на территорию Российской Федерации не было ввезено и хранилось на момент рассмотрения спора в городе Бремене (ФРГ).

Между тем спор по договору хранения оборудования между акционерным обществом и совместным предприятием ранее рассматривался арбитражным судом Российской Федерации, который обязал общество вернуть учредителю указанное имущество. Вклад в уставной капитал совместного предприятия иностранными учредителями фактически сделан не был.

При новом рассмотрении дела и после исследования поставленных вопросов арбитражный суд отказал в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, поскольку последствия исполнения подобного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации, основанному на принципах равенства сторон гражданско-правовых отношений, добросовестности их поведения, соразмерности мер гражданско-правовой ответственности последствиям правонарушения с учетом вины[1].

В другом случае компетентный государственный суд пришел к выводу, что арбитражное решение может быть исполнено, поскольку оно не противоречит публичному порядку страны. Так, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины (далее — арбитраж) обязал российское общество с ограниченной ответственностью (далее — должник) выплатить в пользу украинской компании сумму долга в долларах США.

Поскольку решение в добровольном порядке исполнено должником лишь частично, украинская компания (далее — заявитель) обратилась в арбитражный суд с заявлением о признании и приведении в исполнение решения арбитража в части, касающейся взыскания оставшейся суммы долга.

[1] Информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. – 2006. – № 2. – С. 155–156.

Отказывая в удовлетворении заявления, арбитражный суд первой инстанции сослался на то, что платежным средством на территории Российской Федерации является рубль. Поскольку в решении арбитража указано на взыскание долга в иностранной валюте, то признание и приведение в исполнение этого решения будет противоречить публичному порядку Российской Федерации. Кроме того, суд счел, что взыскание долга в сумме меньшей, чем сумма, названная в решении арбитража, и не подтвержденной документально, также является основанием для отказа в выдаче исполнительного листа.

Заявитель обратился в Высший арбитражный суд Российской Федерации с заявлением о пересмотре указанного определения в порядке надзора. Президиум определение отменил, дело направил на новое рассмотрение по следующим основаниям.

Рассматривая материалы дела, суд не принял во внимание факты, что должник сумму долга, подлежащую взысканию, не оспаривал, отзыв не представил, в судебное заседание не явился. Следовательно, у заявителя не имелось необходимости доказывать наличие задолженности.

Пункт 2 ст. 140 ГК РФ допускает возможность использования иностранной валюты на территории Российской Федерации в порядке, установленном законом.

Валютное законодательство Российской Федерации не запрещает открытия и ведения расчетов между резидентами и нерезидентами в иностранной валюте.

Таким образом, оснований для признания порядка выплаты долга, предусмотренного в иностранном решении, не соответствующим законодательству и публичному порядку Российской Федерации, не имелось[1].

Кроме исчерпывающего перечня оснований для отказа в признании и приведении решений арбитража в исполнение, Конвенция предусмотрела весьма существенное положение о распределении бремени доказывания обстоятельств, на основании которых может быть отказано в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. В этом отношении Нью-Йоркская конвенция сделала значительный шаг вперед по сравнению с Женевской конвенцией об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 г., которая возлагала обязанность доказать отсутствие оснований для обращения иностран-

[1] Информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. – 2006. – № 2. – С. 159.

ного арбитражного решения к исполнению на сторону, которая испрашивала исполнение. В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией сторона, которая ходатайствует о признании и принудительном исполнении решения арбитража, освобождается от доказывания названных обстоятельств, ибо в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано только по просьбе той стороны, против которой оно направлено, что значительно упрощает процедуры признания и сферу исполнимости решений.

Несмотря на распространенность Нью-Йоркской конвенции, что уже отмечалось при общей ее характеристике, Конвенция не затрагивает действительности двусторонних или многосторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, заключенных договаривающимися государствами, и не лишает никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения (ст. VII). К примеру, п.12 постановления Пленума Верховного Суда Украины от 24 декабря 1999 г. № 12 «О практике рассмотрения судами ходатайств о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей и отмены решений, постановленных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины» предусматривает, что поскольку Украина является участницей как Нью-Йоркской конвенции, так и Европейской конвенции, при разрешении ходатайств о признании и исполнении решений внешнеторгового арбитража необходимо учитывать положения ст. 1Х Европейской конвенции относительно признания арбитражного решения недействительным, в частности п. 2, который предусматривает, что в отношениях между государствами-участниками этой Конвенции, которые одновременно являются участниками Нью-Йоркской ковенции, п. 1 указанной статьи ограничивает применение статей V, 1 «е» Нью-Йоркской конвенции в предусмотренных в нем случаях.

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ 3

1. ПОНЯТИЯ И ВИДЫ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА 7

2. МЕЖДУНАРОДНО-ДОГОВОРНАЯ УНИФИКАЦИЯ КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА 19

3. МЕЖДУНАРОДНЫЕ РЕГЛАМЕНТЫ, ТИПОВОЙ ЗАКОН О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ ЮНСИТРАЛ 28

4. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И КОМПЕТЕНЦИЯ АРБИТРАЖА. ТЕОРИЯ КОМПЕТЕНЦИИ КОМПЕТЕНЦИИ 38

5. ПАТОЛОГИЧНЫЕ АРБИТРАЖНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ 60

6. АРБИТРЫ. ФОРМИРОВАНИЕ СОСТАВА АРБИТРАЖА 73

7. ПРОЦЕДУРА АРБИТРАЖА 79

8. ПРИМЕНИМОЕ МАТЕРИАЛЬНОЕ ПРАВО К АРБИТРАЖУ 86

9. ПРАВО, ПРИМЕНИМОЕ К АРБИТРАЖНОМУ ПРОЦЕССУ (LEX ARBITRI) 99

10. ПАРАЛЛЕЛЬНЫЕ АРБИТРАЖНЫЕ ПРОЦЕССЫ 114

11. ТРЕТЬИ ЛИЦА В АРБИТРАЖЕ 127

12. АРБИТРАЖНЫЕ РЕШЕНИЯ. ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ 148

Наукове видання

Комаров В'ячеслав Васильович

Погорецький Віталій Миколайович

Міжнародний комерційний арбітраж

Російською мовою

Коректор *Т. Ф. Зуб*
Комп'ютерна верстка
В. М. Зеленька

Підписано до друку з оригінал-макета 03.02.2009.
Формат 60×84 $^{1}/_{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 9,43. Обл.-вид. арк. 9,2. Вид. № 415.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Друкарня СПД фо Костинський А. В.
Україна, 61024, Харків, вул. Лермонтовська, 27