

26 жовтня 2017 року

Вищий спеціалізований суд з розгляду
цивільних та кримінальних справ
вул. П. Орлика, 4, Київ, 01043
Справа № 761/605/17
Головуючий суддя: Попович О.В.

Щодо справи № 761/605/17 про скасування рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 15 листопада 2016 року у справі АС № 271ут/2016.

Шановна Олено Вікторівно,

Громадська організація “Українська Арбітражна Асоціація” (надалі – “**Українська Арбітражна Асоціація**” або “**УАА**”)¹ висловлює свою повагу та звертається до Вас з приводу такого.

Українська Арбітражна Асоціація є єдиною в Україні професійною громадською організацією, яка об’єднує українських та іноземних фахівців та вчених у сфері міжнародного арбітражу. Відповідно до положень свого Статуту, затвердженого установчими зборами (Протокол №1 від 10 серпня 2012 року), метою діяльності Української Арбітражної Асоціації є, зокрема, сприяння створенню позитивного іміджу України як місця арбітражу для вирішення комерційних спорів шляхом розвитку взаємовигідного співробітництва фахівців України та інших країн у галузі арбітражу, а також вдосконалення та популяризація арбітражу в Україні. Основними завданнями діяльності Української Арбітражної Асоціації, серед іншого, є сприяння в розробці державної політики щодо арбітражу та проведення досліджень практики застосування законодавства України в галузі арбітражу.

Підстави для звернення

Із публічних джерел нам стало відомо, що у провадженні Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ (надалі – “**Суд**”) знаходиться справа № 761/605/17 (надалі – “**Справа**”) за клопотанням компанії “Ant Yarı Sanayi Ve Ticaret Anonim Shirketi” (надалі – “**Заявник**”, “**Відповідач**” або “**Ant Yarı**”) про скасування рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 15 листопада 2016 року в справі АС № 271ут/2016 за позовом Підприємства з іноземною інвестицією “ЛГ ЕЛЕКТРОНІКС Україна” (надалі – “**Позивач**” або “**ЛГ**”) до Ant Yarı (надалі – “**Арбітражне Рішення**”).

На нашу думку, у цій Справі підняті надзвичайно важливі питання, зокрема, щодо відмови від права на заперечення (включаючи заперечення щодо дійсності арбітражної угоди та, відповідно, відсутності компетенції складу арбітражу) у разі якщо відповідні заперечення не були своєчасно заявлені в арбітражному розгляді, а також щодо укладення арбітражної угоди шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов. Вирішення зазначених питань Судом є важливим для розвитку арбітражу в Україні, сприйняття України як юрисдикції, дружньої до арбітражу, а також формування уніфікованої практики, що відповідає б практиці застосування аналогічних положень в іноземних країнах.

¹ Зареєстровано Головним управлінням юстиції в м. Києві, за Наказом від 3 вересня 2012 року, свідоцтво № 0124-2012 ГО.

З огляду на важливість питань, що розглядаються у цій Справі, а також на значення цієї Справи для подальшого розгляду українськими судами аналогічних ситуацій, ми вважаємо за доцільне надати Висновок незалежних спеціалістів (надалі – “Висновок”). Подання незалежних висновків експертними групами чи окремими спеціалістами (“друзями суду”, або латиною “*amici curiae*”) є поширеною практикою як в судових системах іноземних країн, так і в міжнародному правосудді (наприклад, в Європейському судді з прав людини, міжнародних інвестиційних арбітражах).

Метою таких висновків, як влучно висловився англійський суддя лорд Салмон, є “*допомогти суду шляхом неупередженого висвітлення правових норм*”. Для досягнення цієї мети, члени Робочої Групи УАА (див. перелік нижче) підготували Висновок, в якому викладено 1) аналіз застосованих, на нашу думку, положень законодавства, 2) наявної на даний момент практики українських судів, 3) а також міжнародні академічні та практичні підходи до вирішення аналогічних питань, яким Суд може надати оцінку на власний розсуд. У процесі підготовки ми спиралися, крім українського законодавства та судової практики, також на 4) практику судів іноземних держав (зокрема Гонконгу, Індії, Німеччини, Російської Федерації, Швейцарії, Швеції), які застосовували аналогічні правові норми до схожих фактичних обставин. У Висновку ми надаємо відповідні цитати із зазначених судових рішень із перекладом на українську мову. У разі необхідності ми готові надати також повний текст цих рішень, а також інших джерел, на які посилається Висновок, мовою оригіналу.

Ми цілком усвідомлюємо, що питання тлумачення та застосування норм українського законодавства, а також міжнародних договорів, стороною яких є Україна, у цій Справі є виключними повноваженнями Суду. У той же час ми сподіваємося, що всебічний та неупереджений аналіз міжнародних підходів та найкращих практик, вироблених в інших юрисдикціях, стане Суду в нагоді при прийнятті рішення по даній Справі.

Незалежність та безсторонність авторів Висновку

Ні Українська Арбітражна Асоціація, ні юристи, що брали участь у підготовці Висновку (надалі – “Робоча Група УАА”), не мають жодної зацікавленості у результаті цієї Справи. Зокрема, кожен з юристів, що брали участь у підготовці Висновку, підтвердив, що ані він/вона, ані юридична фірма, з якою він/вона пов’язаний/а, не представляє та не представляла сторін у даній Справі, та що сторони у даній Справі не є ані його/її клієнтами, ані клієнтами юридичної фірми, з якою він/вона пов’язаний/а.

Висновок підготовлений виключно за власною ініціативою Української Арбітражної Асоціації. Ані сторони Справи, ані їх представники не зверталися до Української Арбітражної Асоціації щодо цього питання. Українська Арбітражна Асоціація, у свою чергу, не вступала у будь-які контакти зі сторонами Справи чи їх представниками у зв’язку з підготовкою Висновку.

Ми щиро сподіваємося, що даний Висновок буде корисним для Суду.

З повагою,



Марчуков Дмитро Вікторович,
Член правління ГО “Українська Арбітражна Асоціація”,
Голова Робочої Групи

Додаток: Юридичний висновок незалежних спеціалістів

ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВНИЙ СУД УКРАЇНИ
З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

(СПРАВА № 761/605/17)

26 ЖОВТНЯ 2017 РОКУ

СПРАВА ЗА КЛОПОТАННЯМ КОМПАНІЇ “ANT YAPI SANAYI VE TICARET ANONIM
SHIRKETI” ПРО СКАСУВАННЯ РІШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО
АРБИТРАЖНОГО СУДУ ПРИ ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВІЙ ПАЛАТІ УКРАЇНИ ВІД
15 ЛИСТОПАДА 2016 РОКУ У СПРАВІ АС № 271УТ/2016

**ЮРИДИЧНИЙ ВИСНОВОК НЕЗАЛЕЖНИХ
СПЕЦІАЛІСТІВ**

(AMICI CURIAE BRIEF)

УКРАЇНСЬКА АРБИТРАЖНА АСОЦІАЦІЯ

ЗМІСТ

I. НЕЗАЛЕЖНІ СПЕЦІАЛІСТИ (AMICI CURIAE), ЯКІ ПІДГОТУВАЛИ ЦЕЙ ЮРИДИЧНИЙ ВИСНОВОК	3
II. ПЕРЕЛІК ПОСИЛАНЬ	4
III. ФАКТИЧНІ ОБСТАВИНИ ТА ПИТАННЯ, ЩОДО ЯКИХ НАДАЄТЬСЯ ЮРИДИЧНИЙ ВИСНОВОК	8
IV. ЗАСТОСОВНІ НОРМИ ПРАВА	10
V. АНАЛІЗ.....	13
1. ВІДМОВА ВІД ПРАВА НА ЗАПЕРЕЧЕННЯ.....	13
a. <i>Матеріали ЮНСІТРАЛ та наукові коментарі</i>	13
b. <i>Судова практика іноземних держав</i>	17
c. <i>Практика судів України</i>	28
2. УКЛАДЕННЯ АРБИТРАЖНОЇ УГОДИ ШЛЯХОМ ОБМІНУ ПОЗОВНОЮ ЗАЯВОЮ ТА ВІДЗИВОМ НА ПОЗОВ	31
a. <i>Матеріали ЮНСІТРАЛ та наукові коментарі</i>	31
b. <i>Судова практика іноземних держав</i>	33
c. <i>Практика судів України</i>	39
VI. ВИСНОВКИ.....	41

I. НЕЗАЛЕЖНІ СПЕЦІАЛІСТИ (AMICI CURIAE), ЯКІ ПІДГОТУВАЛИ ЦЕЙ ЮРИДИЧНИЙ ВИСНОВОК

Цей юридичний висновок підготовлений Робочою Групою УАА у такому складі:

1. Анна Власенко, юрист юридичної фірми AVELLUM (Київ, Україна);
2. Олександр Волков, юрист Юридичного Бюро “Єгоров, Пугінській, Афанасьєв і партнери” (Київ, Україна);
3. Аліна Данилейко, юрист юридичної фірми Sayenko Kharenko (Київ, Україна);
4. Анастасія Ільяшенко, юрист юридичної фірми Integrates;
5. Маркіян Ключковський, партнер Юридичного Бюро “Єгоров, Пугінській, Афанасьєв і партнери” (Київ, Україна), член Правління Української Арбітражної Асоціації;
6. Дмитро Марчук, партнер юридичної фірми AVELLUM (Київ, Україна), член Правління Української Арбітражної Асоціації, голова робочої групи;
7. Олексій Маслов, юрист юридичної фірми AVELLUM (Київ, Україна);
8. Анна Михальова, юрист юридичної фірми AVELLUM (Київ, Україна);
9. Олена Перепелинська, партнер, голова арбітражної практики в СНД юридичної фірми Integrates, дійсний член англійського Королівського інституту арбітрів (FCIArb) Президент Української Арбітражної Асоціації;
10. Олександр Плачинта, юрист юридичної фірми Kinstellar (Київ, Україна);
11. Сергій Уваров, старший юрист юридичної фірми AVELLUM (Київ, Україна), Генеральний Секретар Української Арбітражної Асоціації;
12. Дмитро Шемелін, радник юридичної фірми Asters (Київ, Україна);
13. Володимир Яремко, старший юрист юридичної фірми Sayenko Kharenko (Київ, Україна), член Правління Української Арбітражної Асоціації.

* * *

II. ПЕРЕЛІК ПОСИЛАНЬ

УКРАЇНСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО, МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ ТА ЗАКОНОДАВСТВО ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

1. Закон України “Про міжнародний комерційний арбітраж” від 24 лютого 1994 року № 4002-ХІІ.
2. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року.
3. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року.
4. Типовий закон Комісії ООН з права міжнародної торгівлі про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року.
5. Закон Індії про арбітраж та процедуру примирення (1996). Доступ за посиланням: <http://lawmin.nic.in/ld/P-АКТ/1996/The%20Arbitration%20and%20Conciliation%20Act,%201996.pdf>.
6. Федеральний Закон Швейцарії про міжнародне приватне право від 18 грудня 1987 року. Доступ за посиланням: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>.
7. Закон Швеції про арбітраж (SFS 1999:116) від 1 квітня 1999. Доступ за посиланням: <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>.
8. Цивільний процесуальний кодекс Німеччини (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781) від 5 грудня 2005 року. Доступ за посиланням: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.
9. Закон Гонконгу про арбітраж від 1 червня 2011 року (Cap. 609). Доступ за посиланням: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609?m=1&pm=0&pmc=1>.
10. Арбітражний Акт Сполученого Королівства (1996, с. 23). Доступ за посиланням: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.
11. Закон Російської Федерації про міжнародний комерційний арбітраж від 7 липня 1993 року № 5338-1. Доступ за посиланням: <http://base.garant.ru/10101354/>.

УКРАЇНСЬКА СУДОВА ПРАКТИКА, СУДОВА ПРАКТИКА ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

12. Справа про скасування арбітражного рішення за клопотанням компанії “Vatan Makina Sanayi ve Ticaret A.S.”
 - a. Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 18 липня 2012 року у справі № 2610/11743/2012. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25319106#>.
 - b. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 18 жовтня 2012 року у справі № 22-ц/2690/13326/12. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27547770>.
 - c. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 січня 2013 року у справі № 6-46810св12. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29057195>.
13. Справа про скасування арбітражного рішення за клопотанням компанії “Icon Private Equity Fund I”

- a. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 5 березня 2015 року у справі № 22-ц/796/1939/2015. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43050016>.
 - b. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 травня 2015 року у справі № 6-10334св15. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44378310>.
14. Справа про визнання та надання дозволу на виконання арбітражного рішення за клопотанням компанії “Mill Will Ltd”
- a. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 22 грудня 2016 року у справі № 757/37710/16-ц. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63777994>.
 - b. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 8 лютого 2017 року у справі № 757/37710/16-ц. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64891319>.
15. Справа про визнання та надання дозволу на виконання арбітражного рішення за клопотанням компанії СЕС АСТРА АБ.
- a. Постанова Верховного суду України від 22 березня 2017 року у справі № 757/3481/14-ц. Доступ за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65680357>.
16. Рішення Верховного суду Швейцарії від 24 травня 2013 року у справі *бразильського футболіста проти мексиканського футбольного клубу* (4A_476/2012). Доступ за посиланням: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/24%20mai%202013%204A%20476%202012.pdf>.
17. Рішення Апеляційного суду округу Свеа (Швеція) від 4 травня 2009 року у справі *Державна нафтова компанія Республіки Азербайджан (СОКАР) проти Корпорації ресурсів Азербайджану Фронтера (Фронтера)* [State Oil Company of the Republic of Azerbaijan (SOCAR) v Frontera Resources Azerbaijan Corporation (Frontera)]. Доступ за посиланням: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/court-decisions/2046198/judgment-of-the-svea-court-of-appeal-4-may-2009-case-no.-t-980-06?pageid=95791&search=frontera>.
18. Рішення Верховного суду Швеції від 14 червня 2013 року у справі *Акціонерне товариство Технопрокекспорт проти компанії Мірс Лімітед* [Joint Stock Company Technopromexport v (Mir's Limited)]. Доступ за посиланням: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/court-decisions/1705642/judgment-of-the-supreme-court-of-sweden-14-june-2013-case-no.-t-2104-12nja-2013-s.-578?pageid=95788&search=Technopromexport>.
19. Рішення Верховного суду федеральної землі Шлезвіг-Гольштейн від 30 березня 2000 року у справі *Аст. проти Аг.* Доступ за посиланням: <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/7/17289.pdf>.
20. Рішення Високого суду Спеціального адміністративного району Гонконг від 27 червня 2001 у справі *Сам Мінг Сіті Форестрі Економік Компані та ін. проти Лам Пун Гунг трейдінг ез Генрі Компані та ін.* ([2001] НКСА 326) [Sam Ming City Forestry Economic Co. & another v. Lam Pun Hung trading as Henry Company & another ([2001] НКСА 326)]. Доступ за посиланням: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkca/2001/326.html>.

21. Рішення Високого суду Делі від 1 квітня 2008 року у справі *С.Н. Малгорта та Санс проти Управління Аеропортів Індії* 149 (2008) DLT 757 (DB) [*S.N. Malhotra & Sons v. Airport Authority of India* 149 (2008) DLT 757 (DB)]. Доступ за посиланням: https://docs.google.com/document/pub?id=1cbbFIKC74nI6SNdRqOeGL_cxIVHCgGf9jtYrxO3mAhk.
22. Постанова Президіуму Верховного суду Російської Федерації від 24 листопада 1999 року у справі *ВАТ “Суднохідна компанія “Вольське паропластво” проти ЗАТ “Руарус” щодо скасування рішення Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації* (номер у системі CLOUT: № 637). Доступ за посиланням (короткий виклад): <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/557/27/PDF/V0655727.pdf?OpenElement>.
23. Рішення Верховного суду Швейцарії від 4 лютого 2016 року у справі *про визнання арбітражного рішення арбітражу ГАФТА про стягнення на користь продавця пшениці* (5A_441/2015). Доступ за посиланням (короткий виклад): http://www.swlegal.ch/getdoc/ce180cd5-316f-42d6-a647-00707bf7dadd/2016_Nathalie-Voser_Anne-Carole-Cremades_Lack-of-v.aspx.
24. Рішення Верховного суду Гонконгу від 11 листопада 1994 року у справі *Гей Констракшинс ПіТіВай Лтд та ін. проти Каледоніан Техмор (Білдінг) Лімітед та ін.* ([1994] HKCFI 171) [*Gay Constructions Pty ltd and another v. Caledonian Techmore (Building) Limited and another* ([1994] HKCFI 171)]. Доступ за посиланням: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1994/171.html>.

МАТЕРІАЛИ ЮНСІТРАЛ, КОМЕНТАРІ ТА АКАДЕМІЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ

25. ЮНСІТРАЛ. (2006). *Пояснювальна записка Секретаріату ЮНСІТРАЛ про Типовий закон 1985 року про міжнародний комерційний арбітраж зі змінами, внесеними в 2006 році* [UNCITRAL. (2006). *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*]. Доступ за посиланням: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.
26. ЮНСІТРАЛ. (1985). *Аналітичний Коментар до Проекту Типового Закону* (A/CN.9/264) [UNCITRAL. (1985). *Analytical Commentary to the Draft Law* (A/CN.9/264)]. Доступ за посиланням: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement>.
27. ЮНСІТРАЛ. (1984). *Доповідь робочої групи з міжнародних договірних практик за наслідками роботи сьомої сесії* (A/CN.9/246). [UNCITRAL. (1984). *Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Seventh Session* (A/CN.9/246)]. Доступ за посиланням: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement>.
28. ЮНСІТРАЛ. (1982). *Доповідь робочої групи з міжнародних договірних практик за наслідками роботи третьої сесії* (A/CN.9/216). [UNCITRAL. (1982). *Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Third Session* (A/CN.9/216)]. Доступ за посиланням: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V82/252/94/PDF/V8225294.pdf?OpenElement>.
29. Хольцманн, Г., Нойгауз, Й. (1989). *Посібник із Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж: законодавча історія та коментар*. Клувер Ло Інтернешнл [Holtzmann, H., Neuhaus, J. (1989). *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law International].

30. Хольцманн Г. М., Нойгауз Й. Е. (2015). *Посібник із Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж: законодавча історія та коментар*. Альфен аан ден Рйен. Клувер Ло Інтернешнл [Holtzmann, H. M., Neuhaus, J. E. (2015). *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International].
31. Брочес А. (1990). ЮНСІТРАЛ – Коментар до Типового Закону. У *Посібнику з міжнародного комерційного арбітражу МАС*. Клувер Ло Інтернешнл [Broches A. (1990). UNCITRAL – Commentary on the Model Law. In *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Kluwer Law International].
32. Фредерік Андерссон, Тереза Ісакссон, Маркус Йохансон, Ола Нілссон. (2011). *Арбітраж у Швеції*. Шведська арбітражна асоціація [Frederik Andersson, Therese Isaksson, Marcus Johanson, Ola Nilsson. (2011). *Arbitration in Sweden*. Swedish Arbitration association].
33. Гібрадзе, Н. (2015). Виключення засобів правового захисту, передбачених частиною 3 статті 16 Типового Закону. *Журнал з міжнародного права ім. Пейса*, 27(1), 346-395 [Ghibradze, N. (2015). Preclusion of Remedies under Article 16(3) of the UNCITRAL Model Law. *Pace Int'l L. Rev.*, 27(1), 346-395]. Доступ за посиланням: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol27/iss1/7>.
34. Германн, Г. (1985). Типовий Закон ЮНСІТРАЛ – його витоки, характерні ознаки та цілі. *Міжнародний арбітраж*, 1(1), 6-39 [Herrmann, G. (1985). The UNCITRAL Model Law - its Background, Salient Features and Purposes. *Arbitration International*, 1(1), 6-39].
35. Блекебі, Н., Партасайдес, С., Редферн, А., Хантер, М. (2015). *Редферн і Хантер про Міжнародний Арбітраж* (версія для студентів, 6 видання). Оксфорд Юніверсіті Прес [Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., Hunter, M. (2009). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Student Version, 6th edition). Oxford University Press].
36. Борн, Г. (2014). *Міжнародний комерційний арбітраж*. Альфен аан ден Рйен, Нідерланди, Клувер Ло Інтернешнл [Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International].

* * *

III. ФАКТИЧНІ ОБСТАВИНИ ТА ПИТАННЯ, ЩОДО ЯКИХ НАДАЄТЬСЯ ЮРИДИЧНИЙ ВИСНОВОК

Фактичні обставини

Як було зазначено вище, жоден з членів Робочої Групи УАА не брав участь у розгляді цієї Справи у будь-якому статусі. Члени Робочої Групи УАА також не ознайомилися із матеріалами цієї Справи. Усі наведені далі обставини відображають інформацію, отриману членами Робочої Групи УАА із публічних джерел, а також висновки та припущення, зроблені на підставі такої інформації.

Ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 10 серпня 2017 року, яка скасувала ухвалу Шевченківського районного суду м. Києва від 8 травня 2017 року у справі № 761/605/17, було задоволено клопотання Заявника та скасовано Арбітражне Рішення.

Як підставу для скасування Арбітражного Рішення Апеляційний суд м. Києва визначив відсутність компетенції Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України (надалі – “МКАС при ТПП України”) розглядати спір між Ant Yarı та ЛГ. Суд дійшов такого висновку через відсутність підписів сторін на одному із примірників (російською мовою) Додаткової угоди від 7 жовтня 2015 року (надалі – “Додаткова Угода”) до Договору поруки № С2014025899 від 20 серпня 2014 року (надалі – “Договір Поруки”), яка містить арбітражну угоду та/або арбітражне застереження та є невід’ємною частиною Договору Поруки:

“Колегія суддів, аналізуючи Додаткову угоду до Договору поруки №С2014025899 від 20.08.2014 року , яка міститься в матеріалах арбітражної справи, з позиції її укладення відповідно до вказаних норм чинного законодавства, вважає, що остання є нікчемною в силу ч. 2 ст. 547 ЦК України, оскільки вчинена із недодержанням письмової форми , оскільки її текст на російській мові, який до речі має перевагу перед англійським текстом у разі їх різночитання, не підписано Сторонами.

Оглянутий судом апеляційної інстанції оригінал екземпляру вказаної Додаткової угоди, належний ПП “ЛГ ЕЛЕКТРОНІКС Україна”, також підписів Сторін у тексті, викладеному на російській мові, не має.

За вказаних обставин, підстави вважати, що ПП “ЛГ ЕЛЕКТРОНІКС Україна” та Компанія “ANT YAPI SANAYI VE TICARET ANONIM SHIRKETI” уклали арбітражну угоду та/або арбітражне застереження, відсутні”.

При цьому, звертаючись до МКАС при ТПП України, ЛГ на підтвердження компетенції МКАС при ТПП України посилалось саме на арбітражне застереження, що міститься в Додатковій Угоді, за якою всі спори або розбіжності, які можуть виникнути між сторонами у зв'язку з виконанням умов Договору Поруки або у зв'язку з ним, підлягають розгляду у МКАС при ТПП України.

Із тексту рішень судів першої та апеляційної інстанцій у цій Справі вбачається, що Заявник, як під час розгляду справи у МКАС при ТПП України, так і під час розгляду клопотання про скасування Арбітражного Рішення у суді першої та апеляційної інстанцій, не заявляв заперечення стосовно компетенції МКАС при ТПП України розглядати справу за позовом ЛГ.

Більше того, із рішень судів випливає, що Заявник звернувся до МКАС при ТПП України із позовом про визнання Договору Поруки припиненим, справу за яким було прийнято до провадження згідно із Постановою Голови МКАС при ТПП України від 19 жовтня 2016 року. Окрім цього, Заявник також подав до МКАС при ТПП України клопотання про зупинення розгляду справи щодо позову про стягнення заборгованості до вирішення зазначеної вище справи про визнання Договору Поруки припиненим, в якому було відмовлено.

Таким чином, ми розуміємо, що в ході арбітражного розгляду справи у МКАС при ТПП України за позовом ЛГ, Відповідач:

- не заявляв заперечень щодо компетенції МКАС при ТПП України розглядати справу за позовом ЛГ;
- подав позов до МКАС при ТПП України щодо визнання Договору Поруки припиненим, імовірно, саме на підставі *арбітражної угоди та/або арбітражного застереження*, що міститься в статті 5 Договору Поруки (в редакції Додаткової Угоди), висновок про недійсність якої було зроблено судом апеляційної інстанції у цій Справі № 761/605/17; та
- подав до МКАС при ТПП України клопотання про зупинення розгляду справи щодо позову про стягнення заборгованості до вирішення справи про визнання Договору Поруки припиненим.

Питання, щодо яких надається Висновок

Беручи до уваги викладене вище розуміння фактичних обставин, при розгляді клопотання Апт Уарі про скасування Арбітражного Рішення неодмінно постають такі питання:

- **Відмова від права на заперечення, що є одним з загальноновизнаних та законодавчо закріплених проявів принципу добросовісності в міжнародному арбітражі.** Оскільки Відповідач не заявив заперечень щодо дійсності арбітражної угоди та, відповідно, компетенції МКАС при ТПП України у ході арбітражного розгляду справи, чи може він заявляти такі заперечення у провадженні про скасування Арбітражного Рішення та чи можуть вони бути підставою для скасування Арбітражного Рішення?
- **Укладення арбітражної угоди шляхом обміну позовною заявою та відзивом.** Оскільки Відповідач брав участь в арбітражному розгляді, чи можна вважати, що між сторонами була укладена арбітражна угода шляхом обміну позовною заявою та відзивом у ході арбітражного розгляду, та/або виправлені будь-які дефекти (якщо такі були) існуючої арбітражної угоди, викладеної у статті 5 Договору Поруки (в редакції Додаткової Угоди)?

* * *

IV. ЗАСТОСОВНІ НОРМИ ПРАВА

Загальна характеристика

Для розгляду даної Справи Судом першочергове значення мають норми Закону України “Про міжнародний комерційний арбітраж” від 24 лютого 1994 року № 4002-ХІІ (надалі – “**Закон про МКА**”).

Закон про МКА був прийнятий на основі Типового закону Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (надалі – “**ЮНСІТРАЛ**”) про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року (надалі – “**Типовий Закон**”) та майже повністю відображає його положення (за винятком окремих норм, які не мають значення для відповіді на поставленні вище питання, що розглядаються в цьому Висновку). У зв’язку з цим, якщо не зазначено інше, надалі у цьому Висновку посилання на Типовий Закон є посиланнями на Закон про МКА і навпаки.

Варто наголосити на особливостях розробки та статусу Типового Закону. Його було розроблено за участі представників країн різних правових систем та представників провідних арбітражних організацій. Таким чином, Типовий Закон відображає досягнутий на глобальному рівні консенсус щодо основних аспектів регулювання комерційного арбітражу. Типовий Закон став базою арбітражного законодавства 107 юрисдикцій світу. Відповідні положення Типового Закону (а отже, і Закону про МКА), що аналізуються нижче, у тій чи іншій формі закріплені в законодавстві абсолютної більшості таких країн. Як в подальшому вказано у Висновку, законодавства багатьох інших юрисдикцій (наприклад Англія, Швеція, Швейцарія), що формально не засновані на Типовому Законі, відповідають основним принципам Типового Закону та також передбачають положення, аналогічні тим, що розглядаються у цьому Висновку.

Окрім цього, положення Типового Закону щодо скасування та визнання і виконання арбітражних рішень (статті 34-36) майже дослівно повторюють положення статті V Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року (надалі – “**Нью-Йоркська Конвенція**”), учасниками якої є 157 країн (в тому числі, й Україна), а положення про арбітражну угоду (статті 7-8) базуються на та розвивають положення статті II Нью-Йоркської Конвенції.

Саме через цей універсальний характер Типового Закону та міжнародного арбітражу як галузі права, у цьому Висновку Робоча Група УАА зосереджується не тільки на положеннях українського законодавства і судової практики, але й на судовій практиці, фахових виданнях та наукових коментарях іноземних країн.

В цьому Висновку Робоча Група УАА також розгляне окремі положення Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року (надалі – “**Європейська Конвенція з Арбітражу**”) та Нью-Йоркської Конвенції.

Для зручності, посилання на іноземне законодавство буде наведено разом із описом відповідних рішень судів іноземних держав.

Застосовні положення

У цьому Висновку основну увагу буде приділено таким положенням Закону про МКА (Типового Закону):

Стаття 4 (*Відмова від права на заперечення*):

“Сторона, яка знає про те, що яке-небудь положення цього Закону, від якого сторони можуть відступати, або яка-небудь вимога, згідно з арбітражною угодою, не були дотримані, і проте продовжує брати участь в арбітражному провадженні, не заявивши заперечень проти такого недотримання без невиправданої затримки,

а якщо для цього передбачено будь-який строк, то протягом цього строку вважається такою, що відмовилась від свого права на заперечення”.

Частина 2 статті 7 (Визначення та форма арбітражної угоди):

“Арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електров'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди”.

Частина 2 статті 16 (Право третейського суду на винесення постанови про свою компетенцію):

“Заява про відсутність у третейського суду компетенції може бути зроблена не пізніше подання заперечень щодо позову. Призначення стороною арбітра або її участь у призначенні арбітра не позбавляє сторону права зробити таку заяву. Заява про те, що третейський суд перевищує межі своєї компетенції, повинна бути зроблена, як тільки питання, яке, на думку сторони, виходить за ці межі, буде поставлено в ході арбітражного розгляду. Третейський суд може в будь-якому з цих випадків прийняти заяву, зроблену пізніше, якщо він визнає затримку виправданою”.

Абзац 2 пункту 1 частини 2 статті 34 (Клопотання про скасування як винятковий засіб оспорювання арбітражного рішення):

“Арбітражне рішення може бути скасоване судом, зазначеним в пункті 2 статті 6, лише у разі, якщо:

1) сторона, що заявляє клопотання про скасування, подасть докази того, що:

одна із сторін в арбітражній угоді, зазначеній у статті 7, була якоюсь мірою недієздатною; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки - за законом України”

З Європейської Конвенції з Арбітражу у Висновку будуть посилання на частини 1 та 2 статті V (Відвід арбітражного суду через відсутність компетенції):

“1. Відвід арбітражного суду будь-якою зі сторін через відсутність компетенції має бути заявлено в арбітражному суді не пізніше подання відповідною стороною своєї позовної заяви або своїх заперечень щодо суті справи, якщо відвід ґрунтується на відсутності або недійсності арбітражної угоди або втраті нею сили; а якщо він ґрунтується на тому, що поставлене питання виходить за межі повноваження арбітра, то одразу після того як під час арбітражного розгляду буде поставлене питання, яке, на думку сторони, що висуває заперечення, виходить за межі компетенції арбітра. Заява про відвід, висунута на більш пізніх стадіях арбітражного розгляду, може бути задоволена, якщо арбітражний суд визнає причину затримки поважною.

2. Указані в пункті 1 заперечення проти компетенції арбітражного суду, що не були висунуті у встановлені в пункті 1 строки, не можуть бути висунуті на більш пізній стадії арбітражного розгляду, якщо такі заперечення стосуються питань, які можуть висуватися виключно сторонами відповідно до права, що застосовується арбітром, а також у державному суді при зверненні до нього з проханням про

розгляд справи по суті або про виконання арбітражного рішення, якщо такі заперечення стосуються питань, які можуть висуватися виключно сторонами відповідно до права, що має бути застосоване компетентним судом відповідно до колізійних норм права такого суду. Рішення арбітра щодо затримки у висуненні заперечень може бути оскаржено в державному суді”.

У цьому Висновку також згадуватимуться такі положення Нью-Йоркської Конвенції:

Стаття II

“1. Кожна Договірна Держава визнає письмову угоду, за якою сторони зобов'язуються передавати до арбітражу всі або певні спори, що виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, об'єкт яких може бути предметом арбітражного розгляду, незалежно від того, чи мають такі правовідносини договірний характер, чи ні.

2. Термін “письмова угода” включає арбітражне застереження в договорі або арбітражну угоду, що містить підписи сторін, або міститься в обміні листами або телеграмами”.

Пункт а) частини 1 Статті V

“1. У визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання тієї сторони, проти якої воно спрямоване, тільки якщо ця сторона подасть компетентному органу за місцем, де запитується визнання та виконання, доказ того, що:

а) сторони в угоді, зазначеній у статті II, були якоюсь мірою неієздатними за застосовним до них законом; або ця угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності будь-якої такої вказівки, - за законом країни, де рішення було винесено”.

* * *

V. АНАЛІЗ

1. ВІДМОВА ВІД ПРАВА НА ЗАПЕРЕЧЕННЯ

a. *Матеріали ЮНСІТРАЛ та наукові коментарі*

Одним з основних принципів Типового Закону є добросовісність у використанні наданих сторонам процесуальних прав². Проявом цього принципу серед іншого є 1) загальний припис статті 4 Типового Закону (*Відмова від права на заперечення*) та 2) встановленні в окремих положеннях Типового Закону преклюзивні строки подання заперечень у зв'язку із тими чи іншими обставинами та (ймовірними) порушеннями.

До останньої категорії відносяться положення частини 2 статті 16 Типового Закону (*Право третейського суду на винесення постанови про свою компетенцію*), що стосується заперечень щодо компетенції складу арбітражу.

Загальне правило щодо відмови від права на заперечення

Стаття 4 Типового Закону передбачає:

“Сторона, яка знає про те, що яке-небудь положення цього Закону, від якого сторони можуть відступати, або яка-небудь вимога, згідно з арбітражною угодою, не були дотримані, і проте продовжує брати участь у арбітражному провадженні, не заявивши заперечень проти такого недотримання без невинуватої затримки, а якщо для цього передбачено будь-який строк, то протягом цього строку вважається такою, що відмовилась від свого права на заперечення”.

Ця стаття встановлює санкцію за недотримання стороною розумного (а у випадках, передбачених Типовим Законом – спеціального преклюзивного) строку на подання заперечень. Цією санкцією є втрата права на подання заперечень у подальшому, після пропуску такого строку.

Секретаріат ЮНСІТРАЛ відзначив у Аналітичному коментарі до проекту Типового Закону, що санкція статті 4 поширюється не тільки на саме арбітражне провадження, але й на провадження після нього (наприклад, судовий розгляд щодо скасування арбітражного рішення у державному суді за місцем арбітражу): *“У випадках, коли в силу статті 4 сторона вважається такою, що відмовилась від свого права на заперечення, вона позбавляється права заявляти заперечення на*

² Гібрадзе, Н. (2015). Виключення засобів правового захисту, передбачених частиною 3 статті 16 Типового Закону. *Журнал з міжнародного права ім. Пейса*, 27(1), 346-395 [Ghibradze, N. (2015). Preclusion of Remedies under Article 16(3) of the UNCITRAL Model Law. *Pace Int'l L. Rev.*, 27(1), 346-395]. Доступ за посиланням: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol27/iss1/7> [Гібрадзе], на ст. 369: *“У наукових працях існує загальний консенсус щодо того, що сторона не повинна діяти таким чином, щоб створювалося враження, що вона приймає компетенцію, порушуючи принципи добросовісності та venire contra factum proprium (порушення своєї попередньої поведінки) і, таким чином, має піднімати питання компетенції в арбітражному розгляді в межах строку, встановленого у пункті 2 статті 16”*]; ЮНСІТРАЛ. (1985). Аналітичний Коментар до Проекту Типового Закону (A/CN.9/264) [UNCITRAL. (1985). *Analytical Commentary to the Draft Law (A/CN.9/264)*]. Доступ за посиланням: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement> [Коментар ЮНСІТРАЛ], на ст. 16: *“Стаття 4 встановлює відмову від такого права за певних умов на підставі загальних принципів, таких, як “естопель” або “venire contra factum proprium” [англійською: “Article 4 implies a waiver of this right under certain conditions, based on general principles such as “estoppel” or “venire contra factum proprium”]*.

наступних етапах арбітражного розгляду і (що може мати ще більшу практичну значущість) після винесення арбітражного рішення”³.

Як видно безпосередньо із тексту статті 4, вона застосовується у випадках недотримання 1) положень закону, від яких сторони можуть відступити, та 2) умов арбітражної угоди між сторонами. До інших випадків, у тому числі до заперечень щодо відсутності дійсної арбітражної угоди, стаття 4 Типового Закону не застосовується. Втім, як зазначив один із співавторів Типового Закону та один з найавторитетніших його коментаторів, пан Г. Германн, “... конкретні випадки посилання на відсутність чинної арбітражної угоди або на перевищення повноважень складом арбітражу, спеціально врегульовані в іншому місці [Типового Закону], у положенні щодо права складу арбітражного суду самостійно вирішувати питання власної компетенції (стаття 16(2))”⁴.

Заперечення щодо компетенції складу арбітражу

Частина 2 статті 16 Типового Закону передбачає:

“2. Заява про відсутність у третейського суду компетенції може бути зроблена не пізніше подання заперечень щодо позову. Призначення стороною арбітра або її участь у призначенні арбітра не позбавляє сторону права зробити таку заяву. Заява про те, що третейський суд перевищує межі своєї компетенції, повинна бути зроблена, як тільки питання, яке, на думку сторони, виходить за ці межі, буде поставлено в ході арбітражного розгляду. Третейський суд може в будь-якому з цих випадків прийняти заяву, зроблену пізніше, якщо він визнає затримку виправданою”.

Мета цього положення, як відзначає Секретаріат ЮНСІТРАЛ, забезпечити, щоб “будь-які заперечення, щодо компетенції арбітрів, заявлялися якомога раніше”⁵. Воно має попередити використання сторонами недобросовісних тактик, спрямованих на штучне затягування вирішення спору. Як зазначено у авторитетному посібнику з міжнародного арбітражу: “Небажано, щоб сторона, яка вважає, що справа починає йти проти неї, мала змогу висунути заперечення щодо компетенції на пізньому етапі розгляду справи”⁶.

³ Коментар ЮНСІТРАЛ, ст. 16 [англійською: “Where, by virtue of article 4, a party is deemed to have waived his right to object, he is precluded from raising the objection during the subsequent phases of the arbitral proceedings and, what may be of greater practical relevance, after the award is rendered”].

⁴ Германн, Г. (1985). Типовий Закон ЮНСІТРАЛ – його витоки, характерні ознаки та цілі. *Міжнародний арбітраж*, 1(1), 6-39 [Herrmann, G. (1985). The UNCITRAL Model Law - its background, salient features and purposes. *Arbitration International*, 1(1), 6-39], на ст. 14 [англійською: “the specific cases of invoking lack of a valid arbitration agreement or the arbitral tribunal's exceeding its mandate are specially dealt with elsewhere, in the context of the arbitral tribunal's competence to rule on its own jurisdiction (article 16(2))”].

⁵ ЮНСІТРАЛ. (2006). *Пояснювальна записка Секретаріату ЮНСІТРАЛ про Типовий закон 1985 року про міжнародний комерційний арбітраж зі змінами, внесеними в 2006 році* [UNCITRAL. (2006). *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*]. Доступ за посиланням: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, у п. 25 [англійською “any objections relating to the arbitrators’ jurisdiction be made at the earliest possible time”].

⁶ Блекебі, Н., Партасайдес, С., Редферн, А., Хантер, М. (2015). *Редферн і Хантер про Міжнародний Арбітраж* (версія для студентів, 6 видання). Оксфорд Юніверситі Прес [Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., Hunter, M. (2009). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Student Version, 6th edition). Oxford University Press] [Редферн], п. 5.118 [англійською: “It is undesirable that a party who

Отже, частина 2 статті 16 встановлює преюдиційні строки для подання 1) заяв про відсутність компетенції складу арбітражного суду (наприклад, через імовірну відсутність чинної арбітражної угоди) та 2) заперечень щодо конкретних питань, поставлених у ході арбітражного розгляду, які (імовірно) виходять за межі компетенції складу арбітражного суду⁷. У разі порушення цих строків, сторона втрачає право на заперечення (хоча склад арбітражного суду має право поновити таке право сторони, у разі визнання затримки виправданою). Ці обмеження не застосовуються, коли 1) сторона заявляла заперечення, але склад арбітражу їх не підтримав або 2) коли сторона не була належним чином повідомлена про розгляд справи⁸.

Аналогічний підхід до заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду застосовується не лише в Типовому Законі, але й у арбітражному законодавстві інших країн (не заснованому на Типовому Законі), серед іншого Швейцарії, Швеції та Англії⁹. Так, автори коментаря “Арбітраж у Швеції” зазначають, що за загальним правилом, якщо сторона бере участь в арбітражному розгляді та не заявляє заперечень проти компетенції складу арбітражного суду, то вважається, що вона погодилась із компетенцією даного складу арбітражного суду¹⁰.

Текст частини 2 статті 16 не дає безпосередньої відповіді на питання, чи пропуск преюдиційного строку цієї статті позбавляє сторону подавати заперечення не тільки під час арбітражного розгляду, але й під час подальшого розгляду справи державними судам (наприклад, у провадженні про скасування арбітражного рішення або про визнання та надання дозволу на виконання арбітражного рішення).

У той же час, робоча група ЮНСІТРАЛ, що працювала над проектом Типового Закону, надала однозначну стверджувальну відповідь на це запитання (аналогічно статті 4 Типового Закону), зазначивши:

“сторона, яка не зробила заяву відповідно до частини 2 статті 16, повинна бути позбавлена можливості висувати подібні заперечення не тільки під час наступних етапів арбітражного розгляду, але і в інших випадках, зокрема при розгляді клопотання про скасування арбітражного рішення або визнання і виконання арбітражного рішення, окрім певних винятків, таких як, заперечення на підставі публічного порядку та арбітрабельності”¹¹.

feels that the case is beginning to go against it should be able to raise objections to jurisdiction at a late stage of the proceedings”].

⁷ Коментар ЮНСІТРАЛ, ст. 38.

⁸ Коментар ЮНСІТРАЛ, ст. 39.

⁹ Редферн, п. 5.1118.

¹⁰ Фредерік Андерссон, Тереза Ісакссон, Маркус Йохансон, Ола Нілссон. (2011). *Арбітраж у Швеції*. Шведська арбітражна асоціація [Frederik Andersson, Therese Isaksson, Marcus Johanson, Ola Nilsson. (2011). *Arbitration in Sweden*. Swedish Arbitration association].

¹¹ ЮНСІТРАЛ. (1984). *Доповідь робочої групи з міжнародних договірних практик за наслідками роботи сьомої сесії* (A/CN.9/246). [UNCITRAL. (1984). *Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Seventh Session (A/CN.9/246)*]. Доступ за посиланням: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement>, у п. 51 [англійською “It was observed, with reference to the question raised in the note prepared by the Secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.50, para. 16), that a party who failed to raise the plea as required under article 16 (2) should be precluded from raising such objections not only during the later stages of the arbitral proceedings but also in other contexts, in particular, in setting aside proceedings or enforcement proceedings, subject to certain limits such as public policy, including arbitrability”].

Із цим висновком погодився також Секретаріат ЮНСІТРАЛ¹². Таким чином, відповідно до позиції творців Типового Закону, частина 2 статті 16 передбачає, що якщо сторона не заявила заперечення щодо компетенції складу арбітражного суду у встановлений строк в ході арбітражного провадження, то вона втрачає право на подання таких заперечень і в подальших провадженнях в державних судах. Винятком з цього загального правила є лише заперечення стосовно компетенції арбітражного суду у зв'язку з 1) порушенням публічного порядку та 2) неможливістю розгляду певних категорій спорів арбітражем [арбітрабельність]. Ці винятки зумовлені тим, що дані підстави для скасування рішення в будь-якому випадку можуть розглядатися судом за власною ініціативою¹³.

Аналогічної позиції щодо застосування частини 2 статті 16 також дотримуються більшість фахівців-коментаторів Типового Закону¹⁴. Так, у коментарі Нойгауза та Хольцманна зазначається, що *“чіткі вказівки Робочої групи та Секретаріату щодо статті 16, а також текст та підготовчі матеріали статті 4 [Типового Закону], переконливо свідчать про наявність такого обмеження [на заперечення щодо компетенції] у багатьох ситуаціях”*¹⁵. У якості одного з прикладів обмеження права на заперечення в разі неподання відповідної заяви Нойгауз та Хольцманн наводять ситуацію із дефектами арбітражної угоди:

*“Що стосується порушень обов'язкових положень Закону, то основним — якщо не єдиним — обов'язковим положенням, порушення якого могло б викликати заперечення щодо компетенції, є вимога статті 7 щодо письмової форми арбітражної угоди. З огляду на зміст статті 7, дуже мало ймовірно, що будь-які обґрунтовані заперечення щодо укладення арбітражної угоди в письмовій формі існуватимуть, якщо вони не заявлені вчасно, адже стаття 7 передбачає, що письмова арбітражна угода може бути укладена шляхом обміну позовною заявою, в якій одна сторона стверджує про існування арбітражної угоди, та відзивом, в якому інша сторона цьому не заперечує”*¹⁶.

Значимо, що чітку відповідь на це питання надає також і стаття 5 Європейської Конвенції з Арбітражу (стороною якої є Україна), яка прямо вказує, що сторона, яке не заявила заперечення щодо компетенції арбітражного суду в ході арбітражного розгляду, не може висувати такі заперечення у державному суді в разі подання клопотання про розгляд справи по суті або про визнання арбітражного рішення. Хоча дане положення Конвенції безпосередньо не застосовується до проваджень щодо скасування арбітражних рішень, воно є досить показовим. Дане положення підтверджує загальний консенсус: пропуск преклюзивного строку для подання заперечень стосовно компетенції складу арбітражного суду позбавляє сторону права подавати

¹² Коментар ЮНСІТРАЛ, ст. 38-39.

¹³ Хольцманн, Г., Нойгауз, Й. (1989). *Посібник із Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж: законодавча історія та коментар*. Клувер Ло Інтернешнл [Holtzmann, H., Neuhaus, J. (1989). *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law International] [Хольцманн], ст. 478-528; статті пункт 2 частини 2 статті 34 та пункт 2 частини 1 статті 36 Типового Закону.

¹⁴ Гібрадзе, ст. 367-368 із посиланням на Нойгауза та Хольцманна, Брочеса, Роса та Бергера.

¹⁵ Хольцманн, ст. 478 -528 на ст. 478-528 [англійською: *“Our view is that the clear pronouncements by the Secretariat and the Working Group as to Article 16, and the text and legislative history of Article 4, argue strongly for raising such a bar in many circumstances”*].

¹⁶ Хольцманн, на ст. 478-528 [англійською: *“With respect to violations of mandatory provisions of the Law, the primary — if not the only — mandatory provision that could give rise to a jurisdictional objection is the requirement of Article 7 that an arbitration agreement be in writing. Article 7 makes it unlikely that a valid objection on this point will remain after a failure to make a timely objection, because it provides that a written arbitration agreement will arise where there has been an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other”*].

такі заперечення не тільки надалі в ході арбітражного розгляду, але й пізніше в державних судах.

Значимо, що встановлений частиною 2 статті 16 преюдиційний строк у жодному випадку не може розглядатися як обмеження права на доступ до правосуддя. Адже сторона у будь-якому випадку може звернутися до суду, однак внаслідок порушення преюдиційних строків, вона не має права заявляти певні заперечення, а суд, відповідно, не повинен їх розглядати та враховувати. До певної міри, це положення можна порівняти із преюдиційними процесуальними строками, встановленими у процесуальних кодексах України (наприклад, шестимісячний преюдиційний строк у адміністративному процесі, тримісячний строк для подання заяви про скасування арбітражного рішення, трирічний строк для подання заяви про надання дозволу на виконання арбітражного рішення тощо).

Таки чином, матеріали ЮНСІТРАЛ та коментарі фахівців свідчать, що в силу частини 2 статті 16 Закону про МКА, сторона, яка не подала заперечень щодо компетенції складу арбітражу у встановлені строки в арбітражному розгляді, позбавляється права заявляти такі заперечення у подальших судових провадженнях, у тому числі про скасування або визнання та виконання арбітражного рішення (за винятком окремих підстав, таких як порушення публічного порядку чи неарбітрабельність спору).

в. Судова практика іноземних держав

Наведений вище висновок підтверджується також практикою застосування статті 4 та частини 2 статті 16 Типового Закону (або аналогічних ним положень іноземного законодавства) судами іноземних держав. Робоча Група УАА підготувала підбірку подібних рішень, яка наводиться нижче.

ШВЕЙЦАРІЯ

Справа: *Справа бразильського футболіста проти мексиканського футбольного клубу*¹⁷.

Зміст норм іноземного права:

Федеральний Закон Швейцарії про міжнародне приватне право (Глава 12)¹⁸.

“Стаття 186

[...]

(2) Заявити про відсутність у складу арбітражного суду компетенції можна не пізніше надання відзиву на позов.

[...]

Стаття 190

[...] (2) Рішення може бути оскаржене виключно у наступних випадках:

¹⁷ Рішення Верховного суду Швейцарії від 24 травня 2013 року у справі *бразильського футболіста проти мексиканського футбольного клубу* (4A_476/2012). Доступ за посиланням: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/24%20mai%202013%204A%20476%202012.pdf>.

¹⁸ Федеральний Закон Швейцарії про міжнародне приватне право від 18 грудня 1987 року. Доступ за посиланням: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>.

(a) якщо неналежним чином був призначений одноосібний арбітр чи сформовано склад арбітражного суду;

(b) якщо склад арбітражного суду помилково визнав себе компетентним чи некомпетентним;

(c) якщо склад арбітражного суду виніс рішення з питань, що виходять за межі заявлених вимог, або не виніс рішення щодо одного з них;

(d) якщо не було дотримано рівність сторін чи їх право бути почутими у змагальному процесі;

(e) якщо рішення несумісне із публічним порядком”.

Обставини справи:

Справа стосувалася спору між мексиканським футбольним клубом та бразильським гравцем щодо виплати останньому грошової компенсації. Футболіст подав позов до Мексиканської комісії з примирення та вирішення суперечок, яка винесла рішення про те, що позовні вимоги гравця заявлені відповідно до застосовного мексиканського права. Гравець подав апеляцію до Спортивного арбітражного суду (CAS), Лозанна, Швейцарія. Одноосібний арбітр задовольнила апеляційну скаргу та винесла арбітражне рішення на користь гравця. Футбольний клуб подав до Верховного суду Швейцарії заяву про скасування арбітражного рішення CAS в порядку статті 190 Федерального Закону Швейцарії про міжнародне приватне право. Зокрема, у своїй заяві клуб заявив, що арбітр була призначена з порушенням процедури або взагалі не мала компетенції розглядати спір, хоча протягом арбітражного розгляду жодних заперечень з приводу цих питань клубом висунуто не було.

Висновок суду:

Верховний суд Швейцарії у своєму рішенні дотримався своєї усталеної практики та нагадав заявникові, що сторона арбітражного розгляду не може тримати процесуальні порушення “у кишені” на випадок програшу справи. Умисне запізніле висунення заперечень щодо формування або компетенції складу арбітражного суду не сумісне із принципом процесуальної добросовісності. Верховний суд Швейцарії відхилив заяву футбольного клубу про скасування арбітражного рішення як безпідставну. Суд, серед іншого, зазначив таке:

“3.1. Сторона, яка намагається відвести арбітра чи встановити відсутність компетенції, або яка вважає, що їй завдано шкоду відповідним процесуальним порушенням, згідно зі статтею 190(2) Закону про міжнародне приватне право, втрачає право на висунення таких заперечень, якщо вона не висуває їх вчасно в ході арбітражного розгляду та не вдається до всіх розумних кроків для максимально можливого виправлення порушення... Заявляти про процесуальне порушення тільки в рамках процедури оспорювання рішення, в той час як складу арбітражного суду могла бути надана можливість виправити відповідний процесуальний дефект означає порушувати принцип добросовісності ... Це, зокрема, суперечить принципу добросовісності та є зловживанням правами, коли сторона притримує підставу для оспорювання [арбітражного рішення] в резерві, тільки для того, щоб використати її пізніше у випадку невігідного завершення арбітражного розгляду або передбачуваного програшу справи.... Коли сторона бере участь в арбітражному розгляді, не висуваючи заперечень щодо формування чи компетенції складу арбітражного суду – хоча в неї була можливість з'ясувати ці питання до винесення

арбітражного рішення – це позбавляє її права посылатися на відповідні порушення її прав у провадженні [про скасування арбітражного рішення]¹⁹.

ШВЕЦІЯ

Справа: Державна нафтова компанія Республіки Азербайджан (СОКАР) проти Корпорації ресурсів Азербайджану Фронтера (Фронтера)²⁰.

Зміст норм іноземного права:

Закон Швеції про арбітраж (SFS 1999:116)²¹.

“Стаття 34

Арбітражне рішення, яке не може бути оскаржене відповідно до статті 36 цього Закону, може бути повністю або частково скасоване судом за клопотанням однієї зі сторін:

1. Якщо воно не охоплюється дійсною арбітражною угодою сторін,
2. Якщо арбітри винесли рішення після закінчення терміну, встановленого сторонами, або

іншим чином вийшли за межі своїх повноважень,

[...]

¹⁹ Рішення Верховного суду Швейцарії від 24 травня 2013 року у справі бразильського футболіста проти мексиканського футбольного клубу (4A_476/2012). Доступ за посиланням: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/24%20mai%202013%204A%20476%202012.pdf>. [англійською: “The party seeking the removal of an arbitrator (see Art 180(2)(ii) PILA) or a finding of lack of jurisdiction (see Art. 186(2) PILA) or which considers itself harmed by a relevant procedural violation according to Art. 190(2) PILA) forfeits its claims when it does not raise them in a timely manner in the arbitral proceedings and does not undertake all reasonable steps to remedy the violation to the extent possible (BGE 130 III 66 at 4.3 p. 75; 126 III 249 at 3c p. 253 f.; 119 II 386 at 1a p. 388; each with references). It is a violation of good faith to raise a procedural violation only in the framework of an appeal where the opportunity could have been given to the arbitral tribunal to remedy the alleged deficiency (BGE 119 II 386 at 1a p. 388). In particular, it is contrary to good faith and an abuse of rights for a party to keep a ground for appeal in reserve, only to postpone it in case of a disadvantageous outcome in the proceedings or a foreseeable loss of the case (see BGE 136 III 60511 at 3.2.2 p. 609; 129 III 445 at 3.1 p. 449; 126 III 249 at 3c p. 254). When a party participates in an arbitration without questioning the composition or jurisdiction of the arbitral tribunal – although it had the opportunity to clear the issue before the award is issued – it forfeits the right to raise the corresponding grievances before the Federal Tribunal (BGE 130 III 66 at 4.3 with references)”].

²⁰ Рішення Апеляційного суду округу Свеа (Швеція) від 4 травня 2009 року у справі Державна нафтова компанія Республіки Азербайджан (СОКАР) проти Корпорації ресурсів Азербайджану Фронтера (Фронтера) [State Oil Company of the Republic of Azerbaijan (SOCAR) v Frontera Resources Azerbaijan Corporation (Frontera)]. Доступ за посиланням: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/court-decisions/2046198/judgment-of-the-svea-court-of-appeal-4-may-2009-case-no.-t-980-06?pageid=95791&search=frontera> [СОКАР проти Фронтера].

²¹ Закон Швеції про арбітраж (SFS 1999:116) від 1 квітня 1999. Доступ за посиланням: <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>.

6. Якщо за відсутності провини сторони в ході розгляду було допущено якийсь інше порушення, яке, ймовірно, вплинуло на результат спору.

Сторона не має права посилається на певну обставину, якщо вона внаслідок участі в розгляді без заперечень чи інших дій може вважатися такою, що відмовилася від такого посилання. Призначення стороною арбітра не повинно розглядатися як її згода з компетенцією арбітрів вирішувати переданий їм спір. З урахуванням положень статей 10 і 11 цього Закону сторона може втратити закріплене в пункті 5 частини 1 цієї статті право посилається на обставини, передбачені статтею 8 цього Закону.

Клопотання про скасування арбітражного рішення повинно бути подано протягом трьох місяців з дати отримання рішення стороною або, якщо мало місце виправлення, доповнення або тлумачення рішення відповідно до статті 32 цього Закону, протягом трьох місяців з дати отримання стороною остаточного тексту рішення. Сторона не має права заявляти нові підстави для обґрунтування свого клопотання після закінчення зазначеного терміну”.

Обставини справи:

Спір виник через несплату за поставки нафти на підставі контракту між компаніями СОКАР, що є азербайджанською державною компанією, та Фронтера, компанією, зареєстрованою на Кайманських Островах. Відповідно до цього контракту, компанія Фронтера набувала право користування деякими нафтовими родовищами в обмін на поставки певного об'єму нафти для компанії СОКАР за зниженими цінами. Водночас, різниця між добутим та поставленим СОКАР об'ємами мала експортуватись за світовими ринковими цінами.

Вказаний контракт містив арбітражне застереження, що передбачало арбітраж за Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ, із місцем арбітражу в м. Стокгольм. СОКАР неправомірно, як визнано пізніше, отримала ряд поставок нафти від Фронтера, оплату за які не було виконано. Фронтера ініціювала арбітражний розгляд проти СОКАР згідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ в м. Стокгольм у 2003 році. За результатом арбітражного розгляду частина позову у сумі 1,2 мільйони доларів США була задоволена.

Компанія СОКАР намагалась оспорити арбітражне рішення у Апеляційному суді округу Свеа, посилаючись серед іншого на частини 1 та 2 статті 34 Закону Швеції про арбітраж та наводячи для скасування рішення наступні підстави: 1) воно не охоплюється дійсною арбітражною угодою сторін; 2) у разі, якщо суд визнає, що рішення все ж таки охоплюється арбітражною угодою, воно в той же час було винесено арбітрами за межами їх компетенції; та 3) якщо суд відхилить два попередні аргументи, наведені СОКАР процесуальні порушення все одно є підставою для скасування рішення.

Висновок суду:

Відхиляючи клопотання СОКАР, Апеляційний суд округу Свеа зауважив, що відповідно до частини 2 статті 34 Закону Швеції про арбітраж, сторона не може посилається на обставини, від посилання на які вона утрималась, беручи участь в арбітражному розгляді. Щодо компетенції складу арбітражного суду, відповідно до частини 3 статті 21 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ (у редакції 1976 року) та розглянутих у сукупності положень Закону Швеції про арбітраж, подібні заперечення можуть бути висунуті не пізніше стадії подання заперечень (відзиву) проти позову у арбітражному розгляді.

Суд підкреслив, що для того, щоб сторона зберегла за собою право оскарження арбітражного рішення, вона має висувати чіткі заперечення, що підтверджують наявність підстав для оскарження. СОКАР втратила право оскарження рішення з підстав відсутності компетенції складу арбітражного суду, оскільки під час арбітражного розгляду сторона утрималась від

посилання на обставини, що свідчать про те, що арбітражний позов Фронтера не охоплювався арбітражною угодою.

Апеляційний Суд округу Свеа Швеції зауважив, серед іншого:

“Положення про втрату права на оскарження, наведене у другому абзаці статті 34 Закону Швеції про арбітраж встановлює, що сторона втрачає право посилатися на певну обставину, якщо вона внаслідок участі в арбітражному розгляді без заперечень чи інших дій може вважатися такою, що відмовилася від посилання на таку обставину. Таким чином, сторона, що не заперечувала проти процесуальної помилки під час арбітражного розгляду втрачає право посилатись на помилку у наступній процедурі щодо оскарження [арбітражного рішення]. Стаття 34 Закону Швеції про арбітраж не встановлює строк, протягом якого сторона має висловлювати заперечення для того, щоб не втратити право на те, щоб на нього в подальшому посилатись, тож він має бути визначений із оглядом на всі обставини справи. Проте, щодо заперечень про відсутність компетенції у складу арбітражного суду, якщо сторона, що бере участь у розгляді, не висуває заперечень, то вона вважається такою, що погодилася на компетенцію [складу арбітражного суду] вирішувати спір. Таким чином, заперечення проти компетенції мають бути висловлені не пізніше стадії подання заперечень (відзиву) проти позову ... Також Стаття 21.3 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ містить положення, що такі заперечення мають бути зроблені не пізніше стадії заперечень проти позову”²².

Справа: Акціонерне товариство Технопромекекспорт проти компанії Мірс Лімітед²³.

Обставини справи:

Російське акціонерне товариство Технопромекекспорт та компанія Мірс, зареєстрована в Афганістані, уклали договір, у зв'язку із яким виник спір та подальший арбітражний розгляд. Договір містив арбітражне застереження. У результаті арбітражного розгляду рішення було винесено на користь компанії Мірс.

Акціонерне товариство Технопромекекспорт подало клопотання до Апеляційного суду округу Свеа про скасування арбітражного рішення на підставі положення статті 34 Закону Швеції, про арбітраж, посилаючись на недійсність арбітражної угоди між сторонами. Головним аргументом

²² *СОКАР проти Фронтера* [неофіційний переклад рішення англійською “The provision on preclusion set out in the second paragraph of Section 34 of the Swedish Arbitration Act provides that a party is prevented from referencing a circumstance which it, by partaking in the arbitration proceedings without objection or otherwise, must be deemed to have refrained from referencing. Thus, a party who does not object to a procedural error during the arbitration proceedings loses its right to reference the error in subsequent challenge proceedings. Section 34 of the Swedish Arbitration Act does not provide a time within which a party must object in order to not lose the right to rely on it, so this must be determined having regard to all circumstances in the case. However, with respect to objections to the jurisdiction of the arbitrators, a party who partakes in the proceedings without immediately raising an objection on the jurisdiction is deemed to have accepted their jurisdiction to resolve the dispute. Thus, objections on jurisdiction must be made no later than in the Statement of Defense (see Government Bill 1998/99:35 p. 236, Heuman “Skiljemannarätt” p. 289 f. and Lindskog “Skiljeförfarande” p. 976 f.) Also Article 21.3 of the UNCITRAL rules provides that such objections shall be made no later than in the Statement of Defense”].

²³ Рішення Верховного суду Швеції від 14 червня 2013 року у справі *Акціонерне товариство Технопромекекспорт проти компанії Мірс Лімітед* [Joint Stock Company Technopromexport v (Mir's Limited)]. Доступ за посиланням: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/court-decisions/1705642/judgment-of-the-supreme-court-of-sweden-14-june-2013-case-no.-t-2104-12nja-2013-s.-578?pageid=95788&search=Technopromexport> [Технопромекекспорт проти Мірс].

Технопромекекспорт було те, що афганська компанія на час укладання договору, що містив арбітражне застереження, та у зв'язку із яким виник спір, не мала чинну бізнес ліцензію, що свідчить про те, що вказаний договір є недійсним разом із арбітражним застереженням, що міститься в ньому. Справа слухалась у двох інстанціях (Апеляційному суді округу Свеа та Верховному суді Швеції), та в обох інстанціях суди клопотання Технопромекекспорт відхилили.

Висновок суду:

Верховний суд Швеції пояснив, що коли сторона знає про певну обставину, або коли у сторони є якісь докази про те, що така обставина існує, але вона свідомо обирає не досліджувати таку обставину [а отже не звертати увагу арбітрів на неї], сторона вважається такою, що відмовилась від права посилатись на цю обставину. Більше того, для успішного оскарження арбітражного рішення на підставі недійсності арбітражного застереження, сторона має під час арбітражного розгляду висловити чіткі окремі заперечення щодо того, що арбітражне застереження є недійсним. Заявник (Технопромекекспорт) підозрював, що у компанії Мірс немає ліцензії, але вирішив не просити склад арбітражного суду витребувати у афганської компанії ліцензію. Окрім того, Технопромекекспорт не заявляв окремих чітких аргументів щодо недійсності арбітражного застереження під час арбітражного розгляду справи. Верховний суд Швеції, підтримавши рішення Апеляційного суду округу Свеа, прийшов до висновку, що заявник відмовився від свого права оспорювати дійсність арбітражного застереження, відповідно до статті 34 Закону Швеції про арбітраж.

Верховний суд Швеції зазначив, серед іншого, таке:

“Для того, щоб сторона могла успішно посилатись на те, щоб арбітражне рішення не ґрунтується на дійсній арбітражній угоді, необхідною передумовою є те, що сторона ще під час арбітражного розгляду заявила чіткі окремі заперечення, що арбітражне застереження є недійсним. Нечітке вираження невдоволення не є достатнім”²⁴.

НІМЕЧЧИНА

Справа: *Аст. проти Аг.*²⁵

Зміст норм іноземного права:

Цивільний процесуальний кодекс Німеччини²⁶:

“§ 1031 Форма арбітражної угоди

[...]

²⁴ *Технопромекекспорт проти Мірс* [неофіційний переклад рішення англійською “For a party to successfully be able to reference that an arbitral award is not based upon a valid arbitration agreement, it is further required that the party already in the arbitration proceedings made a clear and separate objection that the arbitration agreement is invalid (see NJA 2012 p. 790, items 19 and 20). A vague expression of discontent does not have this effect”].

²⁵ Рішення Верховного суду федеральної землі Шлезвіг-Гольштейн від 30 березня 2000 року у справі *Аст. проти Аг.* Доступ за посиланням: <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/7/17289.pdf> [*Аст. проти Аг.*]. (Відповідно до стандартів, прийнятих у Німеччині, тексти судових рішень публікуються без розкриття повних назв/імен сторін, використовуючи скорочення).

²⁶ Цивільний процесуальний кодекс Німеччини від 5 грудня 2005 року (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781). Доступ за посиланням: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.

(6) Недоліки форми [арбітражної угоди] виправляються поданням відзиву відповідача по суті позову

[...]

§ 1040 Право арбітражного суду на винесення постанови про свою компетенцію

[...]

(2) Заява про відсутність у арбітражного суду компетенції може бути зроблена не пізніше подання відзиву на позов. Призначення стороною арбітра або її участь у призначенні арбітра не позбавляє сторону права зробити таку заяву. Заява про те, що арбітражний суд перевищує межі своєї компетенції, повинна бути зроблена, як тільки питання, яке, на думку сторони, виходить за ці межі, буде поставлено в ході арбітражного розгляду. Арбітражний суд може в будь-якому з цих випадків прийняти заяву, зроблену пізніше, якщо сторона надасть достатнє виправдання такої затримки²⁷.

Обставини справи:

Справа, що розглядалася Верховним судом федеральної землі Шлезвіг-Гольштейн, стосувалась питання визнання та виконання на території Німеччини арбітражного рішення, винесеного в Угорщині. Відповідач заперечував проти такого визнання та виконання, зокрема, посилаючись на недійсність арбітражної угоди, в тому числі, оскільки не були дотримані вимоги угорського арбітражного законодавства (як права країни місця арбітражу) щодо письмової форми арбітражної угоди.

Свого часу позивач направив відповідачу формуляр договору, внизу якого дрібним шрифтом було написано наступне посилання “*діє разом із Загальними умовами продажу, що викладені на звороті*”. Загальні умови продажу були надруковані на зворотній стороні формуляру і містили арбітражне застереження. Відповідач підписав цей формуляр з титульної сторони та направив його факсом позивачу.

Коли між сторонами виник спір щодо виконання цього договору, позивач передав його в арбітраж на підставі арбітражної угоди, що містилася в Загальних умовах продажу. В ході арбітражного розгляду відповідач не висловив жодних заперечень щодо існування та дійсності арбітражної угоди, та натомість подав свої заперечення по суті позову та зустрічний позов.

Вже після винесення арбітражного рішення проти відповідача та ініціювання позивачем процедури визнання та виконання арбітражного рішення на території Німеччини, відповідач заявив, що вважав цей формуляр лише підтвердженням замовлення (а не договором) та взагалі не звернув увагу на Загальні умови продажу та арбітражне застереження, що в них містилося. Він також зазначив, що оскільки Загальні умови продажу ним не підписані, арбітражна угода ним також підписана не була, а відтак, вимоги угорського арбітражного законодавства щодо обов'язкової письмової форми арбітражної угоди не дотримані.

Висновок суду:

Своїм рішенням від 30 березня 2000 року Верховний суд федеральної землі Шлезвіг-Гольштейн визнав та допустив до виконання на території Німеччини угорське арбітражне рішення, відхиливши всі заперечення відповідача. Зокрема, суд дійшов висновку, що вимоги до письмової форми арбітражної угоди були дотримані, оскільки договір, підписаний сторонами, містить посилання на документ, який містить арбітражне застереження. Більше того, ще до виникнення

²⁷ Положення Цивільного процесуального кодексу Німеччини ґрунтуються на Типовому Законі, частина 2 статті 1040 відтворює частину 2 статті 16 Типового Закону.

спору сторони багато років поспіль укладали договори, що містили схожі посилання на Загальні умови продажу, шляхом обміну підписаними формулярами договору факсом.

В рамках цього Висновку відзначмо наступні уривки з рішення Верховного суду федеральної землі Шлезвіг-Гольштейн:

“Неприйнятною є заява Аг. про те, що він брав участь у розгляді справи по суті не беззастережно. Як видно з поданих ним заперечень на арбітражний позов – із заголовком “Заява про визначення мови арбітражного розгляду, заперечення на позов та зустрічний позов” – він не тільки не посилався на недоліки арбітражної угоди, а навпаки заперечував по суті та навіть подав зустрічний позов”²⁸.

“На питання, чи потрібно взагалі брати до уваги такі суворіші вимоги застосовного до арбітражної угоди права [Угорщини] щодо форми [арбітражної угоди] в світлі статті II Нью-Йоркської Конвенції, та чи можливо брати до уваги заперечення щодо дійсності [арбітражної угоди] на підставі статті V Нью-Йоркської Конвенції, можна відповісти негативно з описаних вище міркувань, при цьому можна спертися на той факт, що навіть за угорським правом компетенція арбітражного суду може ґрунтуватися на беззастережній участі по суті (“арбітражна угода вважається укладеною у письмовій формі, коли одна з сторін у позові заявляє, а інша у відзиві не заперечує, що між ними може існувати арбітражна угода”, частина 2 статті 5 Закону). Це регулювання відповідає і загальним правовим принципам та закріплене у німецькому праві (частина 2 статті 1040 ЦПК). Відповідно, вимоги угорського права щодо дійсної письмової арбітражної угоди дотримані, оскільки Аг. заперечував по суті арбітражного позову без застережень, як описано вище”²⁹.

В цій справі Верховний суд федеральної землі Шлезвіг-Гольштейн також розглядав питання можливості укладання арбітражної угоди шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов. Про цей аспект рішення буде зазначено у Розділі 2(b) цього Висновку.

²⁸ *Acm. nromu Ag.* [німецькою: “*Ohne Erfolg wendet die Ag. ein, sie habe sich nicht vorbehalten eingelassen. Ausweislich ihrer auf die Schiedsklage eingereichten Klageerwiderung - überschrieben mit „Antrag auf Bestimmung der Schiedssprache, Klagerwiderung und Widerklage“ - hat sie sich gerade nicht auf das Fehlen einer Schiedsvereinbarung berufen, sondern sich zur Sache eingelassen und sogar Widerklage erhoben*”].

²⁹ *Acm. nromu Ag.* [німецькою: “*Ob solche strengeren Formvorschriften des für die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts im Hinblick auf Art.II UNÜ überhaupt beachtlich sind und über den Gültigkeitseinwand des Art. V Abs. 1 a UNÜ berücksichtigt werden können, dürfte aus den bereits dargelegten Gründen zu verneinen sein, kann indes auf sich beruhen, weil auch nach ungarischem Recht die schiedsgerichtliche Zuständigkeit durch rügelose Einlassung begründet wird („Als schriftlich abgeschlossener Schiedsvertrag ist auch zu betrachten, wenn eine Partei in ihrer Klagschrift behauptet und die andere Partei in der Beantwortung nicht verneint, daß zwischen ihnen ein Schiedsvertrag zustande kan“, § 5 Abs. 4 des Gesetzes). Diese Regelung entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen und deckt sich z.B. mit dem deutschen Recht (§1040 Abs. 2 ZPO n.F.). Hiernach liegen die Voraussetzungen einer auch nach ungarischem Recht wirksamen - schriftlichen - Schiedsvereinbarung vor, weil die Ag. sich auf die Schiedsklage wie bereits ausgeführt schriftsätzlich rügelos eingelassen hat”].*

Гонконг

Справа: *Сам Мінг Сіті Форестрі Економік Компані та ін. проти Лам Пун Гунг трейдінг ез Генрі Компані та ін.*³⁰

Зміст норми іноземного права:

Закон Гонконгу про арбітраж повторює релевантні положення Типового Закону³¹.

Обставини справи:

Відповідачі у суді апеляційної інстанції посилалися на інші, аніж у суді першої інстанції, підстави для відмови у визнанні і виконанні арбітражного рішення, та, зокрема вперше заявили про відсутність арбітражної угоди між відповідачем та другим позивачем (оскільки угода була укладена лише між першим позивачем і першим відповідачем). При цьому, саме на користь другого позивача була присуджена основна частина суми за арбітражним рішенням.

У суді першої інстанції всі сторони погодилися з тим, що склад арбітражного суду мав компетенцію для винесення рішення на користь другого позивача. В апеляції відповідачі стали стверджувати, що такої компетенції не існувало [за підпунктом ііі пункту а частини 2 статті 34 та підпунктом ііі пункту а частини 1 статті 36 Типового Закону]. Відповідачі також стверджували, що в будь-якому випадку суд повинен скористатися своїм дискреційним правом відмовити у виконанні арбітражного рішення [за частиною 1 статті 36 Типового Закону].

Висновок суду:

Суд заявив, що відповідачі не можуть піднімати питання щодо відсутності компетенції у складу арбітражного суду. Суд далі визначив, що спір з приводу того, чи було одержання грошових сум відповідачами від другого позивача неправомірним прямо підпадає під дію арбітражної угоди [за частиною 1 статті 7 Типового Закону].

Суд також визначив, що, надаючи складу арбітражного суду відзив по суті цього питання, сторони тим самим визнали його компетенцію і не мають права згодом оскаржувати питання компетенції [за частинами 1 та 3 статті 16 Типового Закону]. Таким чином, апеляційна скарга відповідачів на постанову суду першої інстанції була відхилена.

³⁰ Рішення Високого суду Спеціального адміністративного району Гонконг від 27 червня 2001 у справі *Сам Мінг Сіті Форестрі Економік Компані та ін. проти Лам Пун Гунг трейдінг ез Генрі Компані та ін.* ([2001] НКСА 326) [*Sam Ming City Forestry Economic Co. & another v. Lam Pun Hung trading as Henry Company & another* ([2001] НКСА 326)]. Доступ за посиланням: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkca/2001/326.html>.

³¹ Закон Гонконгу про арбітраж від 1 червня 2011 року (Сар. 609). Доступ за посиланням: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609?m=1&pm=0&pmc=1>.

Індія

Справа: *С.Н. Малгорта та Санс проти Управління Аеропортів Індії*³².

Зміст норми іноземного права:

Закон Індії про арбітраж та процедуру примирення (1996)³³.

“Стаття 4

4. Відмова від права на заперечення.

Сторона, яка знає про

(а) будь-яке положення цієї частини, від якої сторони можуть відступати, або

(б) будь-яку вимогу, передбачену арбітражною угодою, що не була виконана

і продовжує брати участь в арбітражному процесі до арбітражу, не заявивши про заперечення проти такої невідповідності без зайвої затримки або, якщо встановлено строк для заяви про заперечення, то протягом такого строку, вважається такою, що відмовився від свого права на таке заперечення.

Стаття 16

16. Право складу арбітражного суду на винесення постанови про свою компетенцію

(1) Склад арбітражного суду може сам прийняти постанову про свою компетенцію, в тому числі стосовно будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди; з цією метою

(а) арбітражне застереження, що є частиною договору, повинно трактуватися як угода, що не залежить від інших умов договору.

(б) винесення складом арбітражного суду рішення про недійсність договору не тягне за собою в силу закону недійсність арбітражного застереження.

(2) Заява про відсутність у складу арбітражного суду компетенції може бути зроблена не пізніше подання відзиву на позов; однак сторона не позбавляється права зробити таку заяву тільки тому, що вона призначила або брала участь у призначенні арбітра.

(3) Заява про те, що склад арбітражного суду перевищує межі своєї компетенції, повинна бути зроблена, як тільки питання, яке, на думку сторони, виходить за ці межі, буде поставлено в ході арбітражного розгляду.

³² Рішення Високого суду Делі від 1 квітня 2008 року у справі *С.Н. Малгорта та Санс проти Управління Аеропортів Індії* 149 (2008) DLT 757 (DB) [*S.N. Malhotra & Sons v. Airport Authority of India* 149 (2008) DLT 757 (DB)]. Доступ за посиланням: https://docs.google.com/document/pub?id=1cbbFIKC74nl6SNdRqOeGL_cxIVHCgGf9jtYrxO3mAhk [*С.Н. Малгорта*].

³³ Закон Індії про арбітраж та процедуру примирення (1996). Доступ за посиланням: <http://lawmin.nic.in/ld/P-ACT/1996/The%20Arbitration%20and%20Conciliation%20Act.%201996.pdf>.

(4) *Склад арбітражного суду може в будь-якому з випадків, зазначених у частині (2) чи частині (3) вище прийняти заяву, зроблену пізніше, якщо він визнає затримку виправданою.*

(5) *Склад арбітражного суду може винести постанову щодо заяви, зазначеної в частині (2) чи частині (3) цієї статті, і якщо склад арбітражного суду вирішить, що він має компетенцію, він продовжить арбітражний розгляд і внесе рішення.*

(6) *будь-яка сторона, що не погоджується з цим арбітражним рішенням, може подати клопотання про скасування арбітражного рішення у відповідності із розділом 34³⁴.*

Обставини справи:

Спiр, що стосувався виконання спецiального ремонту будiвлi термiналу в аеропорту IGI, Термiнал-II за договором № 36/EE(C)/AMD-II/T-II/96-97, було вирiшено в арбітражному провадженнi одноособовим арбітром. Протягом арбітражного розгляду вiдповiдач не заявляв жодних заперечень проти компетенцiї одноособового арбітра вирiшувати спiр та подав зустрiчний позов. Пiсля винесення арбітражного рiшення обидвi сторони звернулися до суду з клопотанням про його скасування. Вiдповiдач, зокрема, посилався на вiдсутнiсть у арбітра компетенцiї вирiшувати спiр.

Висновок суду:

З огляду на те, що вiдповiдач на жоднiй стадiї арбітражного розгляду не оскаржував компетенцiю складу арбітражного суду, Високий суд Делi встановив, що вiдповiдачу в судовому розглядi забороняється вперше висувати таку заяву у процедурi оспорювання арбітражного рiшення вiдповiдно до Закону Iндiї про арбітраж та процедуру примирення (1996). Вiдповiдач знав, що у випадку невідповiдностi будь-якої з вимог, передбачених арбітражною угодою, вiн мiг заявити заперечення. Вiн вирiшив не робити цього. Тому суд вирiшив, що це було б несправедливо надати вiдповiдачу можливiсть висунути такi заперечення вперше на етапi судового провадження щодо скасування арбітражного рiшення. Суд, серед iншого зазначив таке:

“9. Частина (2) та частина (6) Роздiлу 16 є найбільш доречними для цiлей вирiшення цiєї суперечки i пiдлягають бiльш глибокому подальшому аналізу. В той час як частина (2) стосується заяв про те, що склад арбітражного суду не має компетенцiї, частина (3) стосується заяв про те, що склад арбітражного суду перевищив межi своєї компетенцiї. Обидвi частини (2) i (3) чiтко вказують стадiю, на якiй така заява може бути зроблена. Так, частина (2) говорить, що заява, про те, що склад арбітражного суду не має компетенцiї має бути зроблена якнайшвидше, тобто не пiзніше подання вiдзиву на позов; i далi каже, що сторона не позбавляється права зробити таку заяву тiльки тому, що вона призначила або брала участь у призначеннi арбітра. Заява у вiдповiдностi до частини (3) про те, що склад арбітражного суду перевищив межi своєї компетенцiї повинна бути зроблена також протягом арбітражного розгляду, як тiльки питання, яке на думку сторони, виходить за цi межi, буде поставлено в ходi арбітражного розгляду. Таким чином, обидва вказанi положення чiтко встановлюють точний момент часу протягом арбітражного розгляду, в якiй вiдповiдна заява повинна бути подана складу арбітражного суду”³⁵.

³⁴ Положення Закону Iндiї про арбітраж та процедуру примирення (1996) ґрунтуються на Типовому Законi, стаття 16 вiдтворює статтю 16 Типового Закону.

³⁵ С.Н. Малґорта [англійською “9. Sub-Section (2) to Sub-Section (6) of Section 16 are apposite for the purposes of deciding the present controversy and hence are being analysed in depth hereinafter. While

“12. На підставі аналізу положень частин (1)-(6) статті 16, на наш погляд, очевидно, що намір законодавця був таким, що заява щодо відсутності компетенції у складу арбітражного суду або щодо перевищення ним меж своєї компетенції повинна бути зроблена у встановлений строк та не може розглядатися під час подальших стадій. Іншими словами, заяви за частинами (2) і (3) статті 16 Закону, якщо вони не зроблені на початковій стадії, повинні вважатися такими, щодо яких відповідна сторона відмовилась від свого права на їх висунення”³⁶.

“Якщо сторона не заперечуватиме проти цього, то це вважатиметься відмовою від заперечення, відповідно до розділу 4”³⁷.

“Тому ми вважаємо, що відповідача варто вважати таким, що відмовився від будь-яких заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду, коли він вирішив не висувати вимогу, що він зараз висуває, хоча він повністю усвідомлював умови укладеної угоди між сторонами”³⁸.

с. **Практика судів України**

Українські суди визнають та застосовують принцип відмови від права на заперечення у Законі про МКА. Тлумачення українськими судами цього принципу відповідає зазначеним у Розділах 1(а) та 1(б) цього Висновку міркуванням щодо застосування відмови від права на заперечення не тільки в арбітражному розгляді, але й в провадженнях про скасування арбітражних рішень та/або про визнання та надання дозволу на їх примусове виконання в Україні.

Далі наведено приклади застосування українськими судами 1) загального принципу відмови від права на заперечення та 2) спеціального положення про відмову від права на заперечення щодо компетенції складу арбітражного суду за частиною 2 статті 16 Закону про МКА.

Загальний принцип відмови від права за заперечення

Одним з прикладів застосування українськими судами принципу відмови від права на заперечення, є справа про скасування рішення МКАС при ТПП України від 12 березня 2012

Sub-section (2) relates to a plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction, Sub-section (3) relates to a plea that the arbitral tribunal has exceeded its jurisdiction. Both Sub-section (2) and Sub-section (3) categorically spell out the stage at which such a plea can be raised. Thus, Sub-section (2) says that a plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised at the earliest, i.e., not later than the submission of the statement of defense; and it further says that a party shall not be precluded from raising such a plea merely because he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. Plea under Sub-section (3) that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its jurisdiction shall be raised during the arbitral proceedings and that too, as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised before the arbitral tribunal. Both the aforesaid Sub-sections thereby expressly lay down the precise point of time during the arbitral proceedings at which the plea shall be raised before the arbitral tribunal”].

³⁶ С.Н. Малгорта [англійською “12. On an analysis of the provisions of Section 16(1) to (6), in our view, it is clear that the legislative intent was that a plea as to jurisdiction of the arbitral tribunal or as to exceeding of its authority must be raised at the threshold and cannot be entertained at a subsequent stage. In other words, a plea in terms of Sub-section (2) or Sub-section (3) of Section 16 of the Act not having been taken at the initial stage, must be deemed to be waived”].

³⁷ С.Н. Малгорта [англійською “If a party chooses not to so object there will be a deemed waiver under Section 4”].

³⁸ С.Н. Малгорта [англійською “We, therefore, hold that the respondent must be deemed to have waived any objection to the jurisdiction of the arbitral tribunal when it chose not to raise the plea now being raised by it, though it was fully aware of the terms of the agreement entered into between the parties”].

року, ухваленого за позовом ТОВ “Укрмедпак” до компанії “Vatan Makina Sanayi ve Ticaret A.S.”. Як на підставу для скасування арбітражного рішення, заявник посилався на невідповідність складу арбітражного суду угоді сторін. Однак, суд першої інстанції³⁹, з висновками якого погодилися суди апеляційної⁴⁰ та касаційної інстанцій⁴¹, залишив клопотання про скасування без задоволення.

Суд встановив, що заявника було належним чином повідомлено про призначення арбітра та про арбітражний розгляд, що підтверджується участю представників заявника у засіданні арбітражного суду. Відтак, суд прийшов до висновку, що якщо заявник вважав, що в ході арбітражного розгляду були порушені будь-які положення Регламенту МКАС при ТПП України чи Закону про МКА, він повинен був негайно з моменту отримання постанови заявити свої заперечення. Відтак, оскільки заявник, отримавши відповідну постанову МКАС при ТПП України та дізнавшись про інші призначення в засіданні, не заявив жодних заперечень до закінчення арбітражного розгляду, він не може посилатися на такі порушення після спливу декількох місяців.

Аналогічного висновку суди дійшли у справі про скасування арбітражного рішення МКАС при ТПП України, ухваленого 29 травня 2014 року за позовом ПАТ “Промінвестбанк” до Обмеженого партнерства “Icon Private Equity Fund I”⁴².

Як вбачається із судових рішень, МКАС при ТПП України пропонував заявнику призначити арбітра із рекомендаційного списку МКАС при ТПП України, однак заявник зазначав, що пропозиція МКАС при ТПП України призначити арбітра з рекомендаційного списку порушує його права, не відповідає умовам договору. Відмовляючи у задоволенні клопотання, суд першої інстанції, з яким погодився суд апеляційної інстанції⁴³ та суд касаційної інстанції⁴⁴, із посиланням на статтю 4 Закону про МКА вирішив, що заявник фактично погодився зі складом арбітражного суду та вважається таким, що відмовився від права на заперечення. Підставою для цього стало те, що заявник 1) отримував листи МКАС при ТПП України з пропозицією призначити арбітра із рекомендаційного списку арбітрів, 2) не заявляв відводів складу арбітрів під час арбітражного розгляду та 3) брав у ньому участь, надавав свої усні та письмові пояснення по суті справи⁴⁵.

Відмова від заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду

³⁹ Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 18 липня 2012 року у справі № 2610/11743/2012. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25319106#>.

⁴⁰ Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 18 жовтня 2012 року у справі № 22-ц/2690/13326/12. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27547770>.

⁴¹ Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 січня 2013 року у справі № 6-46810св12. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29057195>.

⁴² Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 5 березня 2015 року у справі № 22-ц/796/1939/2015. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43050016> та Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 травня 2015 року у справі № 6-10334св15. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44378310>.

⁴³ Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 5 березня 2015 року у справі № 22-ц/796/1939/2015. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43050016>.

⁴⁴ Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 травня 2015 року у справі № 6-10334св15. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44378310>.

⁴⁵ Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 8 грудня 2014 року у справі № 761/25414/14-ц. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41954882>.

Окремої уваги в рамках цього Висновку заслуговують рішення українських судів у тих справах, де поставали питання вчасності висунення сторонами арбітражного розгляду заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду, та застосування українськими судами частини 2 статті 16 Закону про МКА.

Таке питання постало перед судами у справі за клопотанням малого приватного підприємства “К.О.Т.” про скасування рішення МКАС при ТПП України від 25 серпня 2015 року у справі АС № 311у/2014. В обґрунтування своєї позиції заявник посилався на зазначення неправильної назви арбітражної установи в арбітражному застереженні, та, на думку заявника, відсутність через це у складу арбітражного суду компетенції на розгляд спору. Суд першої інстанції відмовив у задоволенні клопотання⁴⁶. Висновки суду першої інстанції підтримав і суд апеляційної інстанції⁴⁷, зазначивши при цьому, що заявник не піднімав питання про відсутність компетенції у складу арбітражного суду під час арбітражного розгляду у встановленні статтею частиною 2 статті 16 Закону про МКА строки.

Питання несвоєчасного пред’явлення стороною заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду піднімалось також у провадженнях щодо визнання та надання дозволу на примусове виконання арбітражних рішень. Наприклад, у справі щодо рішення Арбітражного суду Міжнародної організації торгівлі зерном та кормами ГАФТА від 5 листопада 2015 року у спорі між ТОВ “Українські Аграрні Інвестиції” та компанією “Mill Will Ltd”.

ТОВ “Українські Аграрні Інвестиції” заперечувало проти визнання та виконання арбітражного рішення, зазначаючи, що арбітражна угода не була підписана сторонами та не набула чинності, а отже у складу арбітражного суду була відсутня компетенція на розгляд спору. Суд першої інстанції відкинув ці доводи та надав дозвіл на виконання арбітражного рішення, зазначивши, що складом арбітражного суду у справі було встановлено наявність компетенції на розгляд справи та відсутність будь-яких заперечень з боку боржника⁴⁸. Залишаючи в силі рішення суду першої інстанції, суд апеляційної інстанції зазначив, що попри відсутність підписів і печаток сторін на договорі, вказаний договір був укладений шляхом погодження його умов уповноваженою особою ТОВ “Українські Аграрні Інвестиції”, представник ТОВ “Українські Аграрні Інвестиції” брав участь у розгляді справи ГАФТА, заперечень не заявляв, а відтак склад арбітражного суду і арбітражна процедура були належним чином погоджені сторонами та відповідали чинному законодавству⁴⁹.

⁴⁶ Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 3 березня 2016 року у справі № 761/38683/15-ц. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/57044765>.

⁴⁷ Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 23 серпня 2016 року у справі № 761/38683/15-ц. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/60021707>.

⁴⁸ Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 22 грудня 2016 року у справі № 757/37710/16-ц. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63777994>.

⁴⁹ Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 8 лютого 2017 року у справі № 757/37710/16-ц. Доступ за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64891319>. На разі, ТОВ “Українські Аграрні Інвестиції” оскаржує рішення судів в даній справі в касаційній інстанції.

2. УКЛАДЕННЯ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ ШЛЯХОМ ОБМІНУ ПОЗОВНОЮ ЗАЯВОЮ ТА ВІДЗИВОМ НА ПОЗОВ

а. *Матеріали ЮНСІТРАЛ та наукові коментарі*

Частина 2 статті 7 Закону про МКА встановлює, що письмова форма арбітражної угоди є дотриманою в разі обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна зі сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує.

Вказане положення є дослівним відтворенням частини 2 статті 7 Типового Закону. Як зазначають в своєму коментарі до Типового Закону Нойгауз та Хольцманн “[в]оно [положення] було спрямоване на регулювання ситуацій, в яких сторони звернулися до арбітражу та брали у ньому участь, незважаючи на формальні дефекти арбітражної угоди”⁵⁰.

Провідні вчені у галузі міжнародного комерційного арбітражу також висловлюються на користь можливості укладення арбітражної угоди шляхом обміну позовною заявою та відзивом. Зокрема, пан Гарі Борн зазначає, що “[к]омунікація та поведінка сторін після виникнення спору можуть утворювати письмову арбітражну угоду, яка відповідає вимогам частини 2 статті II [Нью-Йоркської Конвенції]”⁵¹ в тому числі “шляхом обміну письмовими заявами, в одній з яких стверджується, а у другій – не заперечується наявність компетенції складу арбітражного суду”⁵². Таким чином, у випадку з частиною 2 статті 7 Типового Закону арбітражна угода формується на основі мовчазної згоди, коли одна сторона стверджує чи припускає, а інша – не заперечує наявність дійсної арбітражної угоди⁵³.

Інші вчені погодилися з можливістю існування арбітражної угоди, сформованої на основі мовчазної згоди сторін. В одному з провідних видань вказано: “[я]кщо сторона бере участь в арбітражі, не заперечуючи проти існування арбітражної угоди, ця сторона, за нормальних умов, зобов’язана такою арбітражною угодою за мовчазною згодою”⁵⁴.

⁵⁰ Хольцманн Г. М., Нойгауз Й. Е. (2015). *Посібник із Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж: законодавча історія та коментар*. Альфен аан ден Рйен. Клувер Ло Інтернешнл [Holtzmann, H. M., Neuhaus, J. E. (2015). *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International] [Хольцманн 2015], на ст. 37 [англійською “This was intended to encompass the situation in which the parties submitted to and participated in the arbitration despite formal flaws in their arbitration agreement”].

⁵¹ Борн, Г. (2014). *Міжнародний комерційний арбітраж*. Альфен аан ден Рйен, Нідерланди, Клувер Ло Інтернешнл [Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International] [Борн], на ст. 691 [англійською “The parties’ post-dispute communications or conduct can constitute a written agreement to arbitrate that satisfies Article II(2) [New York Convention]”].

⁵² Борн, на ст. 691 [англійською “It can also occur in the course of the arbitration, by way of the parties’ written submissions, not raising any objection to jurisdiction or affirmatively consenting to the tribunal’s jurisdiction”].

⁵³ Борн, на ст. 691 [англійською “Article 7(2) [1985 Model Law] permits [arbitration] agreements in such circumstances based upon tacit or implied consent, where one party alleges or assumes, and the other does not deny, the existence of a valid arbitration agreement”].

⁵⁴ Редферн, у п. 2.21 [“Moreover, where a party takes part in an arbitration without denying the existence of an arbitration agreement, it will, in the normal course, be bound by implied consent”].

Разом з тим, під час роботи над оновленням тексту Типового Закону⁵⁵ деякі члени ЮНСІТРАЛ піддавали сумніву необхідність збереження в тексті положення про обмін позовною заявою та відзивом на позов⁵⁶. Їх аргументи полягали в тому, що:

- 1) положення занадто вузьке, оскільки воно унеможливує посилання на арбітражну угоду до моменту подання позовної заяви. Водночас, таке посилання повинно бути включеним до повідомлення про арбітраж (notice of arbitration) відповідно до статті 3 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ; та
- 2) положення зайве, оскільки воно має такі ж юридичні наслідки, як і стаття 4 та частина 2 статті 16 Типового Закону. Вказані положення визначають, що заперечення проти компетенції складу арбітражного суду повинні висуватися не пізніше подання відзиву на позов і що особа є такою, яка відмовилася від права на заперечення, в разі пропущення цього терміну⁵⁷.

Тим не менше, робоча група ЮНСІТРАЛ, яка працювала над оновленням тексту Типового Закону, вирішила зберегти положення про обмін позовною заявою та відзивом на позов. На думку більшості членів робочої групи, стаття 4 та частина 2 статті 16 Типового Закону регулювали винятково заперечення проти компетенції складу арбітражного суду, а не існування арбітражної угоди⁵⁸. Вказані положення не могли самостійно бути витлумачені на користь презумпції існування арбітражної угоди шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов⁵⁹.

Окрім того, в процесі обговорення тексту майбутнього Типового Закону у 1985 році, робоча група ЮНСІТРАЛ зазначила, що види письмової форми арбітражної угоди, передбачені в Типовому Законі, повинні узгоджуватися із частиною 2 статті II Нью-Йоркської Конвенції⁶⁰, відповідно до якої “термін “письмова угода” включає арбітражне застереження в договорі або арбітражну угоду, підписану сторонами або яка міститься в обміні листами або телеграмами”. Відповідно до позиції ЮНСІТРАЛ, якщо арбітражне рішення прийняте згідно зі статтею 7 Типового Закону (прийняте, зокрема, на підставі арбітражної угоди, укладеної шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов), тоді таке рішення може бути виконане на підставі Нью-Йоркської Конвенції⁶¹. Цієї думки притримується ще один автор коментарю до Типового Закону, зазначаючи що таке розширення можливості укладати арбітражну угоду узгоджується з об’єктом та метою Нью-Йоркської конвенції⁶².

⁵⁵ Оновлену редакцію Типового Закону було затверджено в 2006 році.

⁵⁶ Хольцманн 2015, ст. 41.

⁵⁷ Хольцманн 2015, ст. 41.

⁵⁸ Хольцманн 2015, ст. 109.

⁵⁹ Хольцманн 2015, ст. 109.

⁶⁰ ЮНСІТРАЛ. (1982). *Доповідь робочої групи з міжнародних договірних практик за наслідками роботи третьої сесії* (A/CN.9/216). [UNCITRAL. (1982). *Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Third Session* (A/CN.9/216)]. Доступ за посиланням: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V82/252/94/PDF/V8225294.pdf?OpenElement>, на ст. 6 [англійською “*The Working Group was agreed that the model law should require the arbitration agreement to be in writing, and that this formal requirement should be defined along the lines of article II, paragraph 2 of the 1958 New York Convention*”].

⁶¹ Хольцманн 2015, ст. 37.

⁶² Брочес А. (1990). ЮНСІТРАЛ – Коментар до Типового Закону. У посібнику з міжнародного комерційного арбітражу МАС. Клувер Ло Інтернешнл [Broches A. (1990). *UNCITRAL – Commentary on the Model Law*. In *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Kluwer Law International], на ст. 41 “*Тлумачити договірну компетенцію, описану широкими формулюваннями, як таку, що виконує вимогу частини 1 статті II, повністю відповідає об’єкту*

в. Судова практика іноземних держав

Аналіз судової практики іноземних держав продемонстрував одноманітне та послідовне підтвердження можливості укладання арбітражної угоди шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов в рамках арбітражного розгляду. Далі приводимо опис декількох показових справ із зазначенням аргументації судів іноземних держав.

РОСІЙСЬКА ФЕДЕРАЦІЯ

Справа: *Справа за клопотанням ВАТ “Суднохідна компанія “Вольське пароплавство” до ЗАТ “Руарус” про скасування рішення Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації*⁶³.

Зміст норм іноземного права:

Текст статті 7 Закону Російської Федерації “Про міжнародний комерційний арбітраж” текстуально ідентичний тексту статті 7 Закону про МКА та Типовому Закону.

Обставини справи:

12 травня 1997 року ЗАТ “Руарус” та ВАТ “Суднохідна компанія “Вольське пароплавство” уклали договір № 15 про ремонт теплохода. У пункті 12 зазначеного договору сторони передбачили, що всі спори чи розбіжності по цьому договору або у зв’язку з ним підлягають розгляду в Арбітражній комісії м. Москви. У протоколі розбіжностей до договору було уточнено арбітражне застереження та вказано, що спори підлягають розгляду у Морській арбітражній комісії м. Москви.

Незважаючи на той факт, що ані арбітражної комісії м. Москва, ані Морської арбітражної комісії міста Москви не існувало, ЗАТ “Руарус” звернулось до Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації з позовом до ВАТ “Суднохідна компанія “Вольське пароплавство” з посиланням на наявність арбітражної угоди. 20 травня 1998 року МАК при ТПП РФ було прийнято рішення на користь ЗАТ “Руарус”.

ВАТ “Суднохідна компанія “Вольське пароплавство” звернулось з клопотанням про скасування цього рішення МАК при ТПП РФ, посилаючись на те, що рішення прийнято з суттєвим порушенням компетенції МАК при ТПП РФ. При цьому, при укладенні господарського договору з ЗАТ “Руарус” не було зроблено застереження відносно того, що у випадку виникнення спору, що витікає із такого договору, МАК при ТПП РФ є органом з вирішення спору. На підставі такої причини, за думкою заявника, вимоги ЗАТ “Руарус” могли бути розглянуті виключно у національному суді.

Ухвалою Московського міського суду від 12 квітня 1999 року, залишеною без змін ухвалою Судової колегії по цивільним справам Верховного суду Російської Федерації від 25 червня 1999 року, вказане клопотання задоволено.

та мемі Конвенції” [англійською “To interpret the prorogated jurisdiction described in the extended language as meeting the requirement of Art. II(1) [New York Convention] would be entirely in accordance with its object and purpose”].

⁶³ Постанова Президіуму Верховного суду Російської Федерації від 24 листопада 1999 року у справі ВАТ “Суднохідна компанія “Вольське пароплавство” проти ЗАТ “Руарус” щодо скасування рішення Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації (номер у системі CLOUT: № 637). Доступ за посиланням (короткий виклад): <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/557/27/PDF/V0655727.pdf?OpenElement>.

Президіум Верховного суду Російської Федерації не погодився із рішеннями суддів попередніх інстанцій та скасував їх, визнавши їх незаконними.

Висновок суду:

Верховний суд Російської Федерації зазначив, що в силу статті 7 Закону Російської Федерації “Про міжнародний комерційний арбітраж”, арбітражна угода – це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або визначених спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв’язку з визначеними правовідносинами, незалежно від того, чи мали такі правовідносини договірний характер, чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження або у вигляді окремої угоди.

Арбітражна угода укладається у письмовій формі. Угода вважається укладеною у письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміном листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв’язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди (частина 2 статті 7 Закону).

Із змісту вказаної норми слідує, що угода про передачу спору до арбітражу (третейського суду), до числа яких належить МАК при ТПП РФ (стаття 2 Закону), може бути укладена різними засобами. Одним із таких засобів є обмін позовною заявою та відзивом на позов, у яких одна сторона стверджує про існування угоди, а інша проти цього не заперечує.

В рамках цієї справи, Верховний Суд Російської Федерації також зазначив, що ЗАТ “Руарус” не висувало заперечень щодо відсутності арбітражної угоди під час арбітражного розгляду, що суперечить статтям 4 та частині 2 статті 16 Закону Російської Федерації “Про міжнародний комерційний арбітраж”.

ШВЕЙЦАРІЯ

Справа: *Справа про визнання арбітражного рішення арбітражу ГАФТА про стягнення на користь продавця пшениці*⁶⁴.

Зміст норм іноземного права:

Частина 5 статті 5 Англійського Арбітражного Акту (1996)⁶⁵

“обмін письмовими заявами в арбітражному або юридичному процесах, у яких заявляється існування угоди у іншій формі ніж письмовій однією стороною проти іншої, та у свою чергу не заперечується іншою стороною, становить угоду в письмовій формі між цими сторонами в рамках заявлених вимог”

Обставини справи:

Дві компанії уклали договір купівлі-продажу пшениці через брокера, який передбачав арбітражний розгляд ГАФТА у Лондоні. Жодна сторона фактично не підписала договір, однак

⁶⁴ Рішення Верховного суду Швейцарії від 4 лютого 2016 року у справі *про визнання арбітражного рішення арбітражу ГАФТА про стягнення на користь продавця пшениці* (5A_441/2015). Доступ за посиланням (короткий виклад): http://www.swlegal.ch/getdoc/ce180cd5-316f-42d6-a647-00707bf7dadd/2016_Nathalie-Voser_Anne-Carole-Cremades_Lack-of-v.aspx.

⁶⁵ Норми англійського права застосовувались судами Швейцарія як норми права, застосовного до форми угоди.

фактично тільки брокер поставив свій підпис під угодою, що відповідало усталеній торговій практиці.

Продавець ініціював арбітражний розгляд проти покупця в арбітражі ГАФТА у Лондоні. Обидві сторони взяли участь у арбітражі. Більше того, під час розгляду справи арбітражем покупець жодного разу не заявив заперечення щодо наявності у складу арбітражного суду компетенції розглядати спір на підставі того, що сторони нібито не уклали арбітражну угоду у письмовій формі, як того вимагає, зокрема, стаття II Нью-Йоркської Конвенції.

Склад арбітражу ГАФТА в Лондоні виніс арбітражне рішення, яким зобов'язав покупця, компанію зареєстровану у Швейцарії, сплатити певну суму на користь продавця. На підставі цього арбітражного рішення, продавець звернувся з вимогою до покупця, проти чого покупець заперечував. Крім того, продавець розпочав судову процедуру визнання та виконання рішення у судах Швейцарії. Суди першої та апеляційної інстанцій Швейцарії задовольнили клопотання продавця, відмовили покупцю у задоволенні його заперечень, та визнали та дозволили виконання рішення арбітражу ГАФТА.

Покупець звернувся до Верховного суду Швейцарії, який залишив рішення суддів першої та апеляційної інстанцій без змін, а клопотання покупця про відмову у визнанні та виконанні арбітражного рішення ГАФТА без задоволення.

Висновок суду:

Серед іншого, суд встановив факт того, що договір купівлі-продажу у якому містилось арбітражне застереження, не було підписано сторонами, проте було підписано лише брокером, що відповідало усталеній торговій практиці. Таким чином, арбітражне застереження не було підписано сторонами, воно не містилось в обміні листами сторін, а також не було відправлено ними брокеру. Таким чином, воно не було “у письмовій формі”, як того вимагає, зокрема, частина 2 статті II Нью-Йоркської Конвенції. Більше того, частина 1 статті VII Нью-Йоркської Конвенції, стосовно застосування більш сприятливого місцевого права, не мала практичного значення, адже Швейцарське право вимагає наявності письмової форми щодо намірів сторін передати свій спір до арбітражу.

Стосовно ж дійсності арбітражного застереження у розумінні статті пункту а частини 1 статті V Нью-Йоркської Конвенції суд визначив, що це питання регулюється англійським правом. Відповідно до частини 5 статті 5 Англійського Арбітражного Акту 1996 року, “обмін письмовими заявами в арбітражному або юридичному процесах, у яких заявляється існування угоди у іншій формі ніж письмовій однією стороною проти іншої, та у свою чергу не заперечується іншою стороною, становить угоду в письмовій формі між цими сторонами в рамках заявлених вимог”. Знову ж таки, за результатом обміну письмовими заявами сторін у арбітражному розгляді, покупець не тільки не заявив заперечень щодо існування арбітражної угоди між сторонами, він більше того посилався на арбітражну угоду та визнав факт того, що спори за контрактом можуть розглядатися в арбітражі ГАФТА. Таким чином, такий обмін заявами склав письмову арбітражну угоду між сторонами у розумінні частини 5 статті 5 Англійського Арбітражного Акту 1996 року та, не було підстав відмовляти у визнанні та виконанні на підставі пункту а частини 1 статті V Нью-Йоркської Конвенції.

Окрім цього, Верховний суд Швейцарії наголосив, що оскільки формальна дійсність арбітражного застереження становить одну з умов для наявності компетенції у складу арбітражного суду, вона не може бути оскаржена вперше на стадії визнання та приведення до виконання арбітражного рішення.

ГОНКОНГ

Справа: *Справа за позовом Гей Констракшнс ПіТіВай Лтд та ін. проти Каледоніан Техмор (Білдінг) Лімітед та ін.*⁶⁶

Зміст норм іноземного права:

Дивись Розділ 1(b) цього Висновку вище.

Обставини справи:

Компанія Ханісон (третя особа у цій справі) виступала основним підрядником компанії Чайна Дайнінг Холдінгс Лімітед стосовно будівництва фарбувальної фабрики в районі Юен Лонг в Нових Територіях. Відповідач, Каледоніан Техмор (Білдінг) Лімітед став субпідрядником з проектування дизайну та з поставки металевих конструкцій та зовнішнього облицювання. Ця робота була передана на виконання першому позивачу – Гей Констракшнс ПіТіВай Лтд, який, як виявилось, передав частину робіт на підставі договору субпідряду на виконання другому відповідачу – Спейсфрейм Білдінгс (Норс Езія) Лтд.

Договір субпідряду між першим позивачем та відповідачем в письмовій формі було укладено 12 березня 1992 року, однак було підписано Третьою Особою. Він не був підписаний відповідачем. Цей договір містив арбітражне застереження.

Сторони контракту розпочали виконання договору субпідряду, обмінялись великим масивом переписки між третьою особою та відповідачем з якої вбачається численні посилання на різні положення договору субпідряду. Позивачі звернулись до суду з вимогою зупинити судовий розгляд у зв'язку із існуванням арбітражної угоди, яка хоча не була підписана, в силу обміну листів та обміну позовної заяви та відзиву є фактично укладеною.

Суд погодився з позицією Позивачів, визнав існування арбітражної угоди у письмовій формі на підставі статті частини 2 статті 7 Типового Закону та зупинив судовий розгляд.

Правовий висновок суду:

Суд визначив, що відповідно до частини 2 статті 7 Типового Закону, який застосовується в Гонконгу в силу частини 1 статті 2 Арбітражного Закону Гонконгу як до національних так і до міжнародних справ, арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електров'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди.

Суд встановив, що арбітражна угода не підписана сторонами та поставив перед собою питання на які необхідно було відповісти: чи обмін листами, які у загальному вигляді посилаються на договір, який містить арбітражну угоду, та чи обмін позовною заявою у якій стверджується та не заперечується наявність угоди складають арбітражну угоду.

⁶⁶ Рішення Верховного суду Гонконгу від 11 листопада 1994 року у справі *Гей Констракшнс ПіТіВай Лтд та ін. проти Каледоніан Техмор (Білдінг) Лімітед та ін.* ([1994] HKCFI 171) [*Gay Constructions Pty Ltd and another v. Caledonian Techmore (Building) Limited and another* ([1994] HKCFI 171)]. Доступ за посиланням: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1994/171.html> [*Каледоніан Техмор*].

Відповідаючи на ці питання, враховуючи коментарі до частини 2 статті 7 Типового Закону, суд дійшов висновку, що загальне посилання на договір є достатнім для задоволення вимоги цитованої статті щодо посилання на документ, що містить арбітражне застереження.

Суд зазначив, що:

“На підставі фактичних обставин справи, є цілком очевидним, що, незважаючи на те, що Відповідач не підписав письмову угоду, він посилався на різні частини цієї угоди для обґрунтування своїх вимог, та, без сумніву, для заперечення проти вимог, які висувалися проти нього. Я не маю сумнівів, з огляду на обставини цієї справи, що численні обміни листами фіксують угоду. Однак, справа на цьому не закінчується. Через певний час, у грудні 1992 року Відповідач звернувся до компанії Ханісон із вимогою про відшкодування збитків та витрат, яка ґрунтувалась на угоді. Це була детально розписана вимога, до якої було додано численні положення угоди про субпідряд, серед іншого, що доволі цікаво, і саме арбітражне застереження. Ця вимога, яку було надіслано компанії Ханісон, становить собою найчіткіший запис письмової угоди та посилання на саме арбітражне застереження. В мене не викликає труднощів зробити висновок, що незважаючи на свій розмір, цей документ, після надсилання компанії Ханісон, підпадає під визначення листа. Навіть якщо такий висновок є помилковим, я готовий підтримати інший висновок, відповідно до якого ця вимога по суті становить обмін позовною заявою у якій стверджується існування арбітражної угоди Відповідачем, проти чого компанія Ханісоном точно ніколи не заперечувала. Термінам “позовна заява та відзив” не надано визначення у статті 7(2) Типового Закону і я не бачу жодних підстав звужувати визначення цих термінів до формальних заяв сторін власне після початку арбітражного розгляду. Ця вимога має назву “договірна вимога про відшкодування збитків та витрат” і я впевнений, що у разі початку арбітражного розгляду ця вимога або буде розглядатися як позов, або стане основою для іншого документа, який майже повністю інкорпорує вміст цієї вимоги. Відповідно в цій справі Відповідач був від початку обізнаний, що форма угоди містила арбітражне застереження, та включив арбітражне застереження до власної вимоги. З огляду на обставини справи, було б категорично неправильно припустити що вимоги статті 7(2) не дотримані”⁶⁷.

⁶⁷ Каледоніан Техмор, [англійською: “On the facts of this case, it is perfectly obvious that although the Defendant did not sign the written agreement it relied upon various parts of it to support the various claims that it was making and no doubt denying claims that were being made against it. I have no doubt on the facts of this case that there are ample exchanges of letters which provide a record of the agreement. However, the matter does not end there. In due course the Defendant put in a contractual claim for loss and expense to Hanison in December 1992. This is a detailed and complex document and attached to this claim document are a number of provisions of the sub-contract including, interestingly enough, the arbitration clause itself. This document which was sent to Hanison provides the clearest possible record of the written agreement and reference to the arbitration clause itself. I have no difficulty in concluding that despite its length, this document when sent to Hanison comes within the definition of a letter. If I were wrong about that, I would be prepared to hold that this document was in fact an exchange of statements of claim in which the existence of the agreement was alleged by the Defendant themselves and certainly never denied by Hanison. The phrase “statements of claim and defence” in Article 7(2) of the Model Law is not defined and I see no reason why they should be read as referring only to pleading in the formal sense once an arbitration has commenced. This claim document is headed “contractual claim for loss and expense” and I have no doubt that when arbitration proceedings commence it will either be treated as the statement of claim or form the basis of another document which will incorporate virtually all of its content. In this case the Defendant had ample knowledge in advance that the form of sub-contract contained an arbitration

НІМЕЧЧИНА

Справа: *Аст. проти Аг.*

Обставини цієї справи та застосовні норми права Німеччини наводились у Розділі 1(b) цього Висновку. Нижче наведена інформація з рішення суду, що стосується укладання арбітражної угоди шляхом обміну позовною заявою та відзивом.

Висновок суду:

Верховний суд федеральної землі Шлезвіг-Гольштейн зазначив, що навіть якби сторони не досягли згоди щодо дійсної арбітражної угоди у договорі, результат розгляду справи німецьким судом був би той самий, адже в ході арбітражного розгляду відповідач без жодних застережень подавав свої заперечення по суті спору, що унеможливило його подальші скарги щодо недоліків форми арбітражної угоди. Суд також відзначив, що така форма виправлення недоліків (обмін позовом та відзивом) арбітражної угоди передбачена частиною 2 статті V Європейської Конвенції з Арбітражу та багатьма національними законами, в тому числі німецьким:

“Направлений Аст. формуляр договору з надрукованим внизу дрібним шрифтом посиланням “діє разом із Загальними умовами продажу, що викладені на звороті”, та які [Загальні умови продажу] були надруковані на звороті, відповідає формальним вимогам щодо дійсності [арбітражного застереження] частини 2 статті II Нью-Йоркської Конвенції, навіть коли таке посилання знаходиться поза межами підписаного тексту договору, під рядком підпису. Все ж йдеться про посилання, що міститься в договорі ...”⁶⁸.

“Тож Аг. знав про Загальні умови продажу Аст., а відтак знав і про арбітражне застереження, що в них містилося. За таких обставин підписання “підтвердження замовлення” та направлення його на адресу Аст. факсом, не тільки виконує вимоги щодо форми [арбітражного застереження] статті II Нью-Йоркської Конвенції, а й підтверджує наявність дійсної арбітражної угоди на основі згоди сторін”⁶⁹.

“Навіть якщо припустити, що сторони з самого початку не уклали жодне дійсне арбітражне застереження, яке відповідало би частині 2 статті II Нью-Йоркської Конвенції, висновок суду залишиться незмінним, оскільки Аг. брав участь в арбітражному розгляді, подаючи процесуальні документи по суті спору без жодних застережень. Тому він втратив право посилаючись на недоліки форми [арбітражного застереження]. Цьому не перешкоджає те, що стаття II Нью-Йоркської Конвенції, на відміну від, наприклад, частини 2 статті V Європейської

clause and when it came to make its claim it actually included the arbitration clause as part of its documentation. To conclude that Article in 7(2) had not been complied with would be an absurdity on the facts of this case. I am therefore quite satisfied that Mr. Franklin's short preliminary point fails and that Article 7(2) has been complied with”].

⁶⁸ *Аст. проти Аг.* [німецькою: “Das von der Ast. verwendete Vertragsformular mit dem am unteren Rand enthaltenen kleingedruckten Hinweis „Gültig mit den umseitigen Allgemeinen Verkaufsbedingungen“, die auch auf der Rückseite abgedruckt sind, genügt den formellen Gültigkeitsvoraussetzungen des Art. II Abs. 2 UNÜ, auch wenn sich der Hinweis außerhalb des unterschriebenen Vertragstextes - weil unter der Unterschriftszeile - befindet. Dennoch handelt es sich um einen im Vertrag, nämlich in der Vertragsurkunde enthaltenen Hinweis”].

⁶⁹ *Аст. проти Аг.* [німецькою: “Dann aber hatte die Ag. Kenntnis von den AGB der Ast. und damit auch Kenntnis von der darin enthaltenen Schiedsklausel. Wenn sie unter solchen Umständen die „Auftragsbestätigung“ unterschrieben an die Ast. zurückfaxt, sind nicht nur die Formerfordernisse des Art. II UNÜ erfüllt, sondern liegt eine aufgrund Einigung wirksame Schiedsvereinbarung vor ...”].

Конвенції з Арбітражу або національного законодавства (наприклад, частини б статті 1031 ЦПК), прямо не передбачає такої можливості вилікувати [виправити арбітражну угоду] у випадку недоліків письмової форми арбітражної угоди”⁷⁰.

“Підхід, який допускає виправлення [арбітражної угоди] у разі подання відповідачем відзиву на позов без застережень [щодо компетенції], ґрунтується на тому, що заборона суперечливої поведінки також є одним із внутрішніх правових принципів Нью-Йоркської Конвенції, якого необхідно дотримуватись в рамках частини 2 статті II Нью-Йоркської Конвенції ... Тому функціонально положення про письмову форму статті II Нью-Йоркської Конвенції вважаються дотриманими у випадку подання письмового відзиву без застережень [щодо дієвості арбітражної угоди]”⁷¹.

с. **Практика судів України**

В Україні можливість укладання арбітражної угоди шляхом обміну документами в рамках арбітражного провадження була нещодавно підтверджена Верховним судом України у справі за клопотанням компанії СЕС АСТРА АБ про визнання та надання дозволу на виконання рішення Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торгової палати (надалі – “МАС”) від 4 серпня 2014 року⁷².

Як вбачається з судових рішень у цій справі, 10 червня 2010 року компанія СЕС АСТРА АБ та ДП “Укркосмос” уклали угоду про надання послуг супутникового зв’язку, яка передбачала вирішення спорів арбітражним судом, у складі трьох арбітрів відповідно до Регламенту Міжнародного арбітражного суду Міжнародної торгової палати. У зв’язку з невиконанням ДП “Укркосмос” зобов’язань за угодою компанія СЕС АСТРА АБ звернулася з позовом проти ДП “Укркосмос” до МАС. У заяві про арбітраж компанія СЕС АСТРА АБ запропонувала, щоб Генеральний секретар МАС призначив одного арбітра на свій власний розсуд, а не трьох арбітрів, як було домовлено між сторонами. ДП “Укркосмос” погодилось з цією пропозицією у листі до Секретаріату МАС. Відповідно до угоди сторін, МАС призначив одноосібного арбітра, який виніс арбітражне рішення.

У листопаді 2014 року компанія СЕС АСТРА АБ звернулася до Печерського районного суду м. Києва з клопотанням про визнання та виконання арбітражного рішення. Апеляційний суд м. Києва, при новому розгляді справи, визнав та надав дозвіл на примусове виконання на території України арбітражного рішення. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ скасував відповідну ухвалу та відмовив у задоволенні

⁷⁰ *Acm. nromu Ag.* [німецькою: “Auch wenn die Parteien ursprünglich keine wirksame Schiedsklausel gemäß Art. II Abs. 2 UNÜ vereinbart hätten, ergäbe sich im Ergebnis nichts anderes, weil die Ag. sich im Schiedsverfahren schriftsätzlich rügelos zur Hauptsache eingelassen hat. Ihr ist deshalb die Berufung auf den Formmangel verwehrt. Dem steht nicht entgegen, daß Art. II UNÜ, anders als z.B. Art. V Abs. 2 Genfer Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961 (EuÜ) oder nationale Rechtsordnungen (z.B. § 1031 Abs. 6 ZPO), eine solche Heilungsmöglichkeit im Falle des Mangels der Schriftform für die Schiedsvereinbarung nicht ausdrücklich vorsieht”].

⁷¹ *Acm. nromu Ag.* [німецькою: “Der Auffassung, die eine Heilung durch rügelose Einlassung zuläßt, liegt aber zugrunde, daß das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ein auch dem UNÜ innewohnendes Rechtsprinzip darstellt, das im Rahmen des Art. II UNÜ zu beachten sei (h.M., vgl. z.B. Stein/Jonas/Schlosser aaO. Rd-Nr. 39; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit 5. Aufl. 1995 Kap. 44 Rd-Nr. 10; Wackenhuth RIW 1985, 568, 569; Haas IPRax 1993, 382, 384 m.w.N.). Dieser Auffassung schließt der Senat sich an. Zudem wird durch die schriftsatzliche rügelose Einlassung auch die Schriftformfunktion des Art. II UNÜ (Stein/Jonas/Schlosser aaO., Wackenhuth aaO.) gewahrt”].

⁷² Постанова Верховного суду України від 22 березня 2017 року у справі № 757/3481/14-ц. Доступ за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65680357>.

клопотання про визнання та виконання Арбітражного рішення на підставі пункту “d” частини 1 статті V Нью-Йоркської Конвенції та статті 36 Закону про МКА.

Однак, 22 березня 2017 року Верховний суд України залишив в силі ухвалу Апеляційного суду м. Києва, зазначивши таке:

“Проведений аналіз норм законодавства, положень Конвенції та Регламенту [МАС] дає змогу дійти висновку про зміну арбітражного застереження щодо кількісного складу арбітрів, оскільки сторони відповідно до матеріалів справи № 19315/GFG “СЕС АСТРА АБ” проти ДП “Укркосмос” домовилися щодо її розгляду одноосібним арбітром за допомогою обміну листами, що відповідає принципу міжнародного арбітражу, а саме принципу автономії волі”.

Крім того, Верховний суд України погодився з висновками Апеляційного суду м. Києва щодо принципу відмови від права на заперечення, закріпленого у статті 4 Закону про МКА. Так, суди дійшли висновку про наявність правових підстав для задоволення клопотання позивача, ураховуючи, зокрема, що “Відповідач не заявив заперечень щодо складу арбітражного суду та процедури призначення одноособового арбітра.”

* * *

VI. ВИСНОВКИ

На підставі наведеного у Розділі V цього Висновку аналізу, Робоча Група УАА може зробити такі висновки щодо питань застосування положень Закону про МКА, окреслених у Розділі III цього Висновку:

1. Частина 2 статті 16 Закону про МКА є проявом загальних принципів добросовісного використання процесуальних права та відмови від права на заперечення, що є засадничими для Закону про МКА. Одним з практичних наслідків недотримання вимог частини 2 статті 16, тобто неподання заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду до подання відзиву на позов в рамках арбітражного розгляду, є втрата права на висунення заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду не тільки в подальшому в арбітражному розгляді, але й у провадженнях в державних судах щодо скасування арбітражного рішення, прийнятого в результаті такого арбітражного розгляду. За таких обставин, вони не можуть бути підставою для скасування арбітражного рішення. Єдиним винятком із цього правила є заперечення щодо компетенції складу арбітражного суду на підставі порушення публічного порядку та неарбітрабельності спору.

Із відомих Робочій Групі УАА обставин Справи, заперечення Ant Yarı щодо компетенції складу арбітражного суду стосуються (імовірної) відсутності арбітражної угоди між Ant Yarı та ЛГ. Ці заперечення не зачіпають питання публічного порядку або неарбітрабельності, а отже до них без винятків застосовуються положення частини 2 статті 16 Закону про МКА. Ці заперечення, як впливає із джерел у відкритому доступі, не висувалися Ant Yarı ані під час арбітражного розгляду у МКАС при ТПП України, ані під час розгляду Справи у суді першої інстанції.

2. Частина 2 статті 7 Закону про МКА передбачає одну з додаткових можливих форм укладання письмової арбітражної угоди між сторонами – шляхом обміну позовною заявою, в якій одна сторона стверджує про існування арбітражної угоди, та відзивом, в якій інша сторона проти цього не заперечує. Це положення фактично передбачає укладання арбітражної угоди конклюдентними діями та підсилює презумпцію дійсності арбітражної угоди, яка є однією із засад Закону про МКА та Нью-Йоркської Конвенції.

Наскільки відомо Робочій Групі УАА, ЛГ у позовній заяві в арбітражному розгляді у МКАС при ТПП України посилалось на арбітражне застереження в Додатковій Угоді, а Ant Yarı не тільки не заперечувало проти цього у відзиві, але й подало окрему позовну заяву – на підставі того ж самого арбітражного застереження – до МКАС при ТПП України.

Робоча Група УАА переконана, що наведені висновки відповідають не лише приписам конкретних положень Закону про МКА, але й загальним засадам та принципам регулювання арбітражу, на яких ґрунтується Закон про МКА, та які є загальновизнаними у світі. Недопущення недобросовісного приховування сторонами арбітражного розгляду заперечень щодо компетенції складу арбітражного суду до стадії скасування арбітражного рішення в державних судах, безумовно, є одним з них.

* * *