

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

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

13 ноября 2014 года

Киев 2015

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

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

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

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

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

О Г Л А В Л Е Н И Е

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

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

АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ СПОРОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

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

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

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

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

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

А. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ

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

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

Статья II (1):

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

Статья V(2)(а):

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

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

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

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

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

Арбитрабелен ли объект спора?

Вправе ли стороны спора передавать его в арбитраж?

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

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

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

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

- 1) в государственном суде, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения;
- 2) в арбитражном разбирательстве как вопрос компетенции состава арбитражного суда;
- 3) в процедуре оспаривания арбитражного решения;
- 4) в процедуре признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

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

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

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

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

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

Так, согласно ст.8(1) Типового закона «суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон просит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, направить стороны в арбитраж, если не установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Б. УКРАИНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

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

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

Сфера применения указанных законов четко разграничена:

Закон о МКА:

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

Закон о ТС:

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

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

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

Закон о МКА

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

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

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

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

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

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

Закон о ТС

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

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

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

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

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

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

Гражданский процессуальный кодекс Украины («ГПК»)

ГПК содержит несколько положений в отношении арбитрабельности.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ХПК

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Проблемные аспекты

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

Для международного арбитража это:

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

Для третейского разбирательства наиболее остро стоят следующие вопросы:

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

В. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

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

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

Дело VAMED

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

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

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

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

03.09.2013 Шевченковский районный суд г. Киева отменил решение МКАС¹³

18.03.2014 Апелляционный суд г. Киева оставил решение первой инстанции без изменений¹⁴

30.07.2014 Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел («ВССУ») оставил в силе решения Шевченковского районного суда г. Киева от 03.09.2013 г. и Апелляционного суда г. Киева от 18.03.2014 г. ¹⁵Дело № 2 (об отмене решения МКАС от 06.06.2013 по делу АС № 209а/2012):

12.12.2013 Шевченковский районный суд г. Киева отказал в удовлетворении ходатайства об отмене решения МКАС

19.02.2014 Апелляционный суд г. Киева оставил решение первой инстанции без изменений¹⁶

04.06.2014 ВССУ определил считать кассационную жалобу неподанной и вернул ее заявителю¹⁷

Дело № 3 (об отмене решения МКАС от 06.06.2013 по делу АС № 210а/2012):

25.11.2013 Шевченковский районный суд г. Киева отказал в удовлетворении ходатайства об отмене решения МКАС¹⁸

11.09.2014 Апелляционный суд г. Киева отменил решение первой инстанции и решение МКАС¹⁹

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

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

Дело № 1, Апелляционный суд г. Киева:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Дело № 2, Апелляционный суд г. Киева:

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

Дело № 3, Апелляционный суд г. Киева:

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

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

Дело Double W

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

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

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

Дело рассматривалось украинскими судами неоднократно.

В первом «круге»:

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

Во втором «круге»:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Научно-практическое издание

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

Сборник докладов

Над выпуском работали:

*Селивон Н.Ф.,
Захарченко Т.Г.*

Компьютерная верстка:

Родак Р.С.

Подписано к печати 28.04.2015. Формат 70x100/16.

Гарн. Times New Roman. Усл. печ. л.

Печать офсетная. Бумага офсетная. Тираж 200 экз.

Оригинал-макет – издательство «Юридический мир»

02140, г. Киев, ул. Бориса Гмыри, 2, офис 17.

Тел./факс: (044) 219-27-17, e-mail: gazeta@legalweekly.com.ua

<http://www.legalweekly.com.ua>

Свидетельство о внесении в Государственный реестр издателей,
изготовителей и распространителей издательской продукции
серия ДК №3842 от 22.07.2010 г.

Отпечатано ПАО «Випол»

03151, Киев, ул. Волынская, 60

Свидетельство о внесении в Государственный реестр

Серия ДК №4404 от 31.08.2012 г.