

МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖНИЙ СУД: ВІДПОВІДНІСТЬ СЬОГОДЕННЮ

Збірник наукових праць





НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖНИЙ СУД: ВІДПОВІДНІСТЬ СЬОГОДЕННЮ

Збірник наукових праць

За редакцією
академіка НАПрН України
О. Д. Крупчана

Київ
Редакція журналу «Право України»
2013

УДК 341.636:347.999](477)(082)
ББК 67.312.1я43
М58

*Рекомендовано до друку Вченому радиою
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва НАПрН України
(протокол № 11 від 28 листопада 2012 р.)*

Рецензенти

В. І. Кисіль, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка
Ю. Д. Притика, доктор юридичних наук, Заслужений юрист України, професор кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

M58 **Міжнародний комерційний арбітражний суд: відповідність сьогоден-
ню : зб. наук. пр. / НАПрН України, НДІ приват. права і підприємництва ; за-
ред. акад. НАПрН України О. Д. Крупчана. — К. : Ред. журн. «Право
України», 2013. — 360 с. — (Наук. зб. «Академічні правові дослідження»).
Дод. до юрид. журн. «Право України» ; вип. 11).**

ISBN 978-966-7509-98-9

Здійснено теоретичне порівняльно-правове дослідження проблем організації та
діяльності Міжнародного комерційного арбітражного суду. Обґрунтовано загальні
засади діяльності Міжнародного комерційного арбітражного суду, та проведено ретро-
спективний переклад національних законів і міжнародних конвенцій про Міжнародний
комерційний арбітраж.

З'ясовано стан та перспективи розвитку міжнародного комерційного арбітражу в
Україні. Визначено основні теорії правової природи міжнародного комерційного арбі-
тражу загалом та їх особливості в праві України, порядок оспорювання компетенції
складу арбітражу при вирішенні спорів у міжнародній торгівлі, поняття та форми
арбітражної угоди, а також особливості виконання рішень міжнародного комерційного
арбітражу в Україні. Викладено пропозиції щодо удосконалення чинного законодав-
ства та практики його застосування із зазначеною тематики.

Для наукових працівників, викладачів, аспірантів та студентів юридичних вишів,
а також для широкого кола юристів-практиків, адвокатів, практичних працівників
 правоохоронних органів, всіх, хто цікавиться проблемами захисту приватних прав
 осіб.

ISBN 978-966-7509-98-9

УДК 341.636:347.999](477)(082)
ББК 67.312.1я43

© Науково-дослідний інститут приватного права
і підприємництва НАПрН України, 2013
© Редакція журналу «Право України», 2013

ЗМІСТ

| | |
|--|------------|
| Передмова | 4 |
| Розділ 1. Загальні засади діяльності Міжнародного комерційного арбітражного суду | 6 |
| Селівон М. Ф. Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: стан та перспективи розвитку | 6 |
| Боярський Є. Д. Основні теорії правової природи міжнародного комерційного арбітражу та їх ознаки у праві України..... | 22 |
| Винокурова Л. Ф. Проблеми застосування Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті»: судова та арбітражна практика | 40 |
| Захарченко Т. Г. Визнання та виконання арбітражних рішень в Україні: правове регулювання та судова практика | 60 |
| Кочин В. В. Виконання рішень Міжнародного комерційного арбітражу в Україні | 84 |
| Крутчан О. Д. Дефектні арбітражні застереження: погляд арбітра..... | 93 |
| Міловська Н. В. Особливості захисту прав суб'єктів зовнішньо- економічної діяльності в міжнародному комерційному арбітражі.... | 105 |
| Слипачук Т. В. Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража | 122 |
| Черних Ю. С. Розгляд спорів арбітрами <i>ex aequo et bono</i> або як «дружніми посередниками»: теорія та практика | 169 |
| Розділ 2. Ретроспективний переклад національних законів і міжнародних конвенцій про Міжнародний комерційний арбітраж..... | 187 |
| 2.1. Національні закони про Міжнародний комерційний арбітраж | 187 |
| 2.2. Регламенти арбітражних інституцій | 248 |
| 2.3. Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже | 330 |
| Додаток | 353 |

НЕКОТОРЫЕ АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

Слипачук Т. В.,
кандидат юридических наук,
ведущий научный сотрудник НИИ частного права
и предпринимательства НАПрН Украины

1. Понятие и форма арбитражного соглашения

В силу наличия существенного частноправового элемента (воли сторон), основополагающим для арбитража является соглашение о его применении. Сознательный выбор сторонами международного арбитража делает его легитимной процедурой рассмотрения спора и, как правило, исключает возможность обратиться в государственный суд. Как справедливо было замечено, никто не может быть лишен права обратиться за защитой к государственной судебной системе против его воли¹⁰⁴, а потому арбитражное соглашение становится, с одной стороны, отправной точкой в правовой оценке сделанного сторонами выбора в пользу арбитража, а, с другой стороны, основой практической реализации такого выбора.

Будучи по сути «воротами в арбитраж»¹⁰⁵, арбитражное соглашение развивается и изменяется вместе с развитием научной мысли и практики, взаимопроникновением теорий общего и континентального права, изменением потребностей правовой регламентации внешнеэкономического рынка, повышением сложности и комплексности договорных отношений сторон международных контрактов, а значит, и характеров споров между ними. Меняются и унифицируются требования к форме и элементам арбитражного соглашения, но по-прежнему исключительно согласованная воля сторон лежит в основе его легитимности.

Нью-Йоркская Конвенция содержит только одно требование к форме арбитражного соглашения – оно должно быть заключено в письменной форме. При этом Нью-Йоркская Конвенция указывает, что «термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами (п. 2 ст. II).

¹⁰⁴ Reinhold Geimer, in Richard Zoller (ed) *Zivilprozessordnung*, 25th ed. (Otto Schmidt 2005) Vor § 1025, № 4 «...nobody may be deprived of the state court system against its will».

¹⁰⁵ Thomas E. Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 3rd ed. (Thomson-West 2005), p. 5: «the gateway to arbitration».

При применении данной нормы Нью-Йоркской Конвенции, как правило, на практике не возникало особых трудностей¹⁰⁶. Не нарушает требования указанной Конвенции к форме арбитражного соглашения даже включение в контракт более чем лаконичных формулировок, типа «арбитраж, Лондон». Хотя такая формулировка может породить немало трудностей при решении процессуальных вопросов арбитража, а также осложнить признание и приведение в исполнение арбитражного решения¹⁰⁷.

На практике к письмам и телеграммам, упомянутым в ст. II Нью-Йоркской Конвенции, приравняли телексы, телетайпы и «иные средства электросвязи», что было предусмотрено также и п. 2 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (далее – Европейская конвенция). Важно следующее: вовсе не обязательно, чтобы ответ на предложение об арбитражном рассмотрении спора был получен в форме четко выраженного согласия с этим предложением¹⁰⁸. Телексы и телетайпы не содержат подписи лица, от имени которого отправляется данное сообщение. Статья II Нью-Йоркской Конвенции говорит о «письменном», а не о «подписанном» соглашении, в связи с чем авторитетные комментаторы обоснованно полагают, что если арбитражное соглашение содержится в документе, где подпись напечатана, а не проставлена от руки, то такое соглашение тем не менее будет действительно с точки зрения соответствия требованиям Нью-Йоркской Конвенции. В случае оспаривания факта аутентичности такой подписи, заинтересованная сторона сможет сослаться на другую корреспонденцию и даже на свидетельские показания, для того чтобы доказать признание лицом, чья подпись была напечатана под документом, содержащим арбитражное соглашение, правовых последствий, вытекающих из такого документа.

Отметим, что в соответствии с п. 2 ст. 7 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно закреплено «...путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых

¹⁰⁶ Пока не усложнились технологии, в силу чего классическая письменная форма документа стала все более уступать новым аналогам письменного документа – цифровым документам.

¹⁰⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman. – Cluwer Low International. On International Commercial Arbitration. – P. 377. Одни и те же факты, истолкованные арбитрами как доказательство достижения арбитражного соглашения и его фиксации в надлежащей форме, могут быть иначе истолкованы национальным судом, куда стороны могут обратиться для признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

¹⁰⁸ Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXI. – P. 423, 427.

одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает»¹⁰⁹.

То есть, если ответчик оспаривает юрисдикцию арбитров по причине отсутствия арбитражного соглашения, то он должен это сделать в отзыве на иск до обсуждения существа иска, иначе само его участие в арбитражном разбирательстве приведет к утрате права на оспаривание юрисдикции арбитров в связи с отсутствием арбитражного соглашения. На практике не вызывает осложнений признание соблюдения надлежащей формы арбитражного соглашения и в случаях подписания документа, содержащего ссылку к другому документу, включающему текст арбитражного соглашения или ссылку на какой-либо арбитражный регламент. Такая практика согласуется с Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже», в котором указано, что ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора. Данная норма – результат широко распространенной практики заключения договоров по типовым образцам, отсылающим стороны для разрешения многих технических и правовых вопросов к стандартным условиям, рекомендованным для использования в той или иной области бизнеса различными профессиональными организациями. Хотя Типовой закон ЮНСИТРАЛ, на котором основан и украинский закон, воспринят далеко не во всех государствах – участниках Конвенции, тем не менее, международная практика идет по пути признания арбитражных оговорок, заключенных посредством ссылки к документу, содержащему такую оговорку¹¹⁰.

В этой связи хотелось бы отметить, что специальные коммуникационные сети существуют довольно давно. Доступ к работе в таких сетях имеют только уполномоченные представители

¹⁰⁹ Аналогичные нормы есть во многих международных арбитражных законах и регламентах, см., напр.: п. 2 ст. 7 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже», п. 3 ст. 21 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, ст. 14.2 Регламента Лондонского международного третейского суда.

¹¹⁰ Вопрос фиксации формы согласия стороны на проведение арбитража нельзя считать разрешенным Конвенцией раз и навсегда. Проблемы возникают в связи с появлением новых форм заключения сделок, например, сделок, заключаемых на расстоянии по специальным коммуникационным сетям (таким, как SWIFT, REUTERS, межбанковские операционные системы типа СЭЛТ) или по сети Интернет. Сложность состоит в том, что такие сделки, как правило, не фиксируются на бумажных носителях, а остаются в памяти компьютера, причем зачастую не в форме контрактов или обмена офертой и акцептом, а в обобщенной форме (такой, как таблица или график).

банков и брокеры бирж, которые перед началом каждой сессии электронной торговли обмениваются паролями и другой информацией, позволяющей точно установить, какую организацию они представляют. Сложнее обстоит дело с пользователями общедоступных сетей. Сегодня серьезные усилия мировое юридическое сообщество направляет на разработку унифицированного законодательства об «электронной подписи», которое позволило бы надежно устанавливать личность контрагента и фиксировать достигнутые с ним договоренности в рамках системы Интернет.

Все изложенное, как и возрастающие ожидания мирового сообщества в части придания требований о письменной форме арбитражного соглашения, легли в обоснование изменений в текст Арбитражного регламента Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), которые вступили в силу с 15 августа 2010 года¹¹¹.

Первое, что обращает на себя внимание, это отсутствие в новой редакции ст. 1 жесткого требования о письменной форме арбитражного соглашения. Версия 1976 года начиналась словами, «если стороны в договоре согласились в письменной форме», не оставляя тем самым простора каким-либо интерпретациям. Теперь же ст. 1 гласит, что «если стороны договорились о том, что споры между ними в отношении какого-либо конкретного правоотношения, независимо от того, носит ли оно договорный характер, будут передаваться на рассмотрение в арбитраж согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, такие споры подлежат разрешению в соответствии с настоящим Регламентом с такими изменениями, о которых стороны могут договориться». Отсутствие жесткой привязки к требованию письменной формы арбитражного соглашения отражает тенденции последних более либеральных подходов к письменной форме и позволит в зависимости от законодательства места арбитража соблюсти как более строгие, так и менее формальные требования к форме арбитражного соглашения.

При этом оговорка, что «споры подлежат разрешению в соответствии с настоящим Регламентом с такими изменениями, о которых стороны могут договориться», позволяет сторонам предусмотреть необходимый уровень требований, как к форме арбитражной оговорки, так и в части применения других норм

¹¹¹ Обновленная версия Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ будет применяться к тем арбитражным соглашениям, которые будут заключены между сторонами, начиная с 15 августа 2010 года. В отношении ранее заключенных соглашений, если не будет специального соглашения сторон об ином, по-прежнему будет применяться версия 1976 года.

регламента. Типовая арбитражная оговорка уже идет не в сноске, а вынесена в приложение к регламенту. При этом, если ранее сторонам указывалось, что они «могут пожелать» согласовать компетентный орган, место арбитража, число арбитров и язык арбитража, то теперь регламент указывает, что сторонам это надлежит сделать.

Типовые арбитражные оговорки. Постоянно действующие арбитражные институты разрабатывают и предлагают¹¹² сторонам типовые арбитражные оговорки для использования ими в контрактных отношениях. Такие типовые арбитражные оговорки содержат полное правильное наименование арбитражного института, указание на место арбитража, а также на объем спорных вопросов, подлежащих передаче на разрешение в арбитраж. В качестве дополнительных условий предлагается согласование количества арбитров, языка арбитражного разбирательства и права, применимого к существу спора. Использование такой типовой оговорки изначально снимает возможные проблемы в части правильного указания компетентного арбитражного института и места арбитража, что имеет принципиальное значение и для процедуры рассмотрения спора, и для исполнения арбитражного решения.

Особый интерес и практическую ценность для правильного подхода к использованию типовой или составлению индивидуальной арбитражной оговорки имеют Руководящие принципы Международной Ассоциации Юристов по составлению международных арбитражных оговорок 2010 года¹¹³. Не преследуя цели давать обязательные указания того, какой конкретный выбор стороны должны сделать в том или ином случае, Руководящие принципы составлены для предоставления сторонам информации о существенных условиях действительной оговорки и о тех аспектах процесса, которые они могут определить заранее. Руководящие принципы МАЮ по арбитражным оговоркам знакомят как с альтернативами, которые стороны могут выбрать, так и с рисками, которых следует избегать. В Руководящих принципах не только предлагается формулировка принципа как такового, но и в дополнение к ней делаются замечания пояснительного характера, а также приводятся конкретные рекомендуемые оговорки. В совокупности это позволяет сформулировать в ручном режиме арбитражную оговорку под конкретный договор или правоотношение с учётом особенностей последнего, потенциально возможных споров и других важных факторов.

¹¹² При издании регламентов и на сайтах.

¹¹³ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ibanet.org>.

Многоуровневые арбитражные соглашения. Многоуровневые арбитражные оговорки широко известны, и, время от времени, они становятся предметом широкого обсуждения ученых и практиков¹¹⁴. Многоуровневость таких оговорок заключается в том, что в силу особого согласованного сторонами порядка, право стороны обратиться в арбитраж возникает лишь как заключительная стадия многоступенчатого процесса доарбитражного урегулирования спора. Иногда эта процедура (доарбитражного урегулирование) сводится к простой ссылке к проведению переговоров (в том числе, устных), а иногда требует формирования специальных органов для рассмотрения претензий или принятия экспертного решения в отношении спорного вопроса.

Так, арбитражное соглашение может содержать простое упоминание о том, что при возникновении спора «стороны должны принять все меры для его урегулирования путем переговоров, а если такая возможность исключается или стороны не могут прийти к соглашению в течение 30 дней после возникновения спора, то спор подлежит передаче в компетентный арбитраж». В других случаях, что особенно часто встречается, например, в договорах строительного подряда, стороны прописывают в арбитражном соглашении детальную процедуру переговоров на уровне корпоративного управления или ведущих технических специалистов, за которой следует создание специального органа (*Dispute Review or Expert Board*), на который возлагается обязанность принять согласованное решение по возникшему спору. Так, в одном из международных контрактов было согласовано следующее:

«1. Все споры между сторонами, вытекающие из данного контракта или в связи с ним, подлежат разрешению потом в ходе добросовестных переговоров между сторонами.

2. В случае, если стороны не способны разрешить спор в соответствии с пунктом 1, тогда любая из сторон, согласно пункту 2, может передать спор на рассмотрение Специального Экспертного Совета в количестве 4 человек, из которых каждая сторона назначает по два своих представителя.

¹¹⁴ См. например: Кристер Содерлунд. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров. Международный коммерческий арбитраж (Волтерс Клувер), июль–сентябрь 2006, № 3, стр. 100–114; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International. – 2003. – № 8–62.

Председатель Экспертного Совета избирается самими членами Экспертного Совета и имеет решающий голос при голосовании.

3. Любой спор, возникающий в связи с настоящим Соглашением и не решенный посредством процедур, установленных в пунктах 1 и 2, подлежит передаче в арбитраж по Регламенту....».

Таким образом, стороны комбинируют с арбитражем согласительные и экспертные процедуры разрешения споров, которые направлены на нахождение приемлемого для обеих сторон коммерческого решения спорного вопроса. В таких случаях арбитраж, по сути, является последней и исключительной стадией, прибегать к которой стороны имеют право, только если согласованное решение в ходе доарбитражных процедур ими так и не было достигнуто. В результате таких доарбитражных процедур в арбитраж может попадать незначительная часть возникших разногласий, но иногда объем и глубина спора только усугубляется. Несмотря на это, как показала практика, по долгосрочным контрактам, связанным с выполнением строительных или инженерных работ, подобные процедуры позволяют сохранить коммерческий интерес и отношения сторон, не приводя к юридическому конфликту между ними. В то же время для сторон, стремящихся реализовать такую возможность, важно понимать, что подобные многоуровневые¹¹⁵ доарбитражные процедуры могут быть практически неисполнимы. Особенно это касается случаев, когда стороны, установив необходимость проведения доарбитражных процедур, не согласовали их, оставив этот вопрос на разрешение по факту возникновения спора.

Для исполнимости соглашения о доарбитражных процедурах определение сторонами их порядка и доказательств совершения попыток к их соблюдению имеет принципиальное значение. Для арбитров не столь важно, насколько успешны были переговоры, сколь необходимо подтверждение факта их проведения или, как минимум, фиксирования попытки проведения. Особенно это важно, если доарбитражные процедуры предполагают не просто переговоры, а участие определенных третьих лиц – экспертов, медиаторов, бизнес-советников.

Объективно, чем сложнее предполагаемая доарбитражная процедура, тем выше риск ошибки в ее регламентации, ибо стороны не только не имеют достаточного опыта в создании подобных оговорок, но часто и не уделяют им достаточного внимания. В то же

¹¹⁵ В английском языке часто используются термины «multi-tiered, multi-step, ADR-first clauses».

время, и ответ на вопрос, насколько стороны вправе следовать такой доарбитражной процедуре, или насколько они обязаны ей следовать, во многом зависит от формулировки названных условий. В этой связи еще раз хочется подчеркнуть практическую ценность Руководящих принципов МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок, в которых этому виду оговорок уделено особое внимание.

Отсутствие жестких формулировок, как правило, свидетельствует о том, что стороны были намерены предусмотреть лишь возможность разрешения спора с помощью различных примирительных процедур, не придавая им обязательный характер. Так, слова «могут передать спор» скорее говорят о наличии у сторон возможности прибегнуть к примирительным процедурам. На наш взгляд, именно такой подход более всего оправдывает себя, придавая многоуровневой арбитражной оговорке гибкий характер, не создающий сторонам жестких условий в части соблюдения этапов урегулирования ими спора. По сути, когда стороны уже перестают сотрудничать и представляют собой два враждующих лагеря, примирительные процедуры лишь затянут процесс разрешения спора, а потому непосредственное обращение в арбитраж будет, безусловно, предпочтительнее.

Однако очень часто примирительные процедуры предусмотрены в качестве именно обязательного условия доарбитражного урегулирования. Так, стороны вправе оговорить, что они вначале передают спор на рассмотрение примирительной процедуры, и лишь при недостижении в ее рамках соглашения, заинтересованной стороной инициируется арбитраж. Причин такого жесткого регулирования может быть несколько: определенные корпоративные традиции или практика ведения переговоров; желание как можно позже прибегнуть к юридическому разрешению спора. Именно такие оговорки порождают большинство проблем для арбитража, в том числе и в части оценки арбитрами соблюдения сторонами их условий.

Различные правовые системы по-разному регулируют эти вопросы.¹¹⁶ Так, немецкая правовая доктрина, придавая согласованным сторонами доарбитражным примирительным процедурам существенное значение с позиции их влияния на право подачи иска в государственный суд или арбитраж, тем не менее, определяет, что в случае несоблюдения их одной из сторон, от позиции ответчика зависит последующий ход разбирательства. Согласованные примирительные процедуры, как и наличие

¹¹⁶ Кристер Содерлунд. Указ. тр. – С. 102–105.

арбитражной оговорки, принимаются в таких случаях во внимание только тогда, когда ответчик заявляет о необходимости их применения. Участие ответчика в рассмотрении спора по существу будет означать отказ от использования прав, вытекающих из таких примирительных процедур¹¹⁷. Подобный процессуальный эффект оговоркам о медиации придают многие национальные законодательства.

Таким образом, перед арбитрами часто возникает задача определить, была ли, и в какой мере, соблюдена сторонами примирительная процедура. Поскольку вряд ли возможно установить, исчерпан ли весь возможный арсенал средств, присущих медиации, арбитры стараются установить была ли такая процедура действительно инициирована сторонами, и какие разумные попытки инициировать ее и прийти к соглашению имели место. В таком случае, подтверждение одной из сторон самой попытки инициировать примирительную процедуру, натолкнувшуюся на отказ второй стороны проявить необходимое участие, будет достаточным для признания права такой стороны обратиться в арбитраж. Другим важным элементом становится оценка поведения сторон и недопущение злоупотребления правом. Так, если одна из сторон бойкотировала надлежащую инициацию примирительной процедуры, например, путем отказа, уплатить требуемый аванс как это предусмотрено применимыми правилами примирения¹¹⁸, то такая сторона не вправе использовать несоблюдение такой процедуры как аргумент против арбитража.

Целесообразность многоуровневых арбитражных оговорок, ставящих условием обращения сторон в арбитраж, соблюдение особых примирительных процедур зависит, во многом, и от того, насколько стороны будут чувствовать себя комфортно в рамках медиации. Действительно, для эффективности медиации важно, чтобы не было опасений от осознания раскрытия определенных фактов и обстоятельств, комментариев и правовых оснований позиций, как таких, которые могут быть в дальнейшем использованы против стороны, их раскрывшей, в арбитраже. В силу этого, ст. 7(2) Примирительного Регламента МТП и ст. 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ о Международном коммерческом посредничестве не позволяют сторонам использовать подобные свидетельства противной стороны в последующем арбитраже путем указания свидетелем медиатора (посредника) или представителя стороны.

¹¹⁷ Sanders, The Links between Arbitration and Conciliation in *Festschrift Sandrock* (2000), pp. 823, 827.

¹¹⁸ Примирительный Регламент МТП, ст. 6(1)(f).

Многоуровневые арбитражные соглашения должны позволять плавно и быстро переходить от каждого уровня к последующему, что наиболее успешно достигается в рамках изначальной диспозитивности положений о применении заинтересованной стороной примирительных процедур до инициации арбитража, независимо от того, насколько детально эти процедуры описаны в самом соглашении.

Альтернативные арбитражные оговорки. Во внешнеэкономических контрактах достаточно часто появляются и так называемые альтернативные арбитражные оговорки, предусматривающие право выбора арбитража в зависимости от воли инициирующей его стороны или от какого-либо иного выбранного сторонами критерия (по месту нахождению ответчика или истца).

Арбитражные соглашения с альтернативным характером сами по себе не являются новшеством. Они довольно давно используются сторонами как вариант финального компромиссного арбитражного соглашения. При этом, как правило, такое арбитражное соглашение возникает, если стороны не могут договориться о едином для них (нейтральном) арбитражном институте (т. е. постоянно действующем международном арбитражном суде третьей, по отношению к ним, страны). В этом случае они компромиссно договариваются, что компетентным по разрешению возникшего спора будет международный арбитражный суд по местонахождению ответчика (или истца).

Интересно и то, что право на существование такого альтернативного арбитражного соглашения подтверждается и практикой сотрудничества между арбитражными институтами. Как известно, международные арбитражные суды или центры международного арбитража различных государств сотрудничают друг с другом. В рамках такого сотрудничества между арбитражными институциями подписываются соглашения о сотрудничестве, среди положений которых довольно часто содержится рекомендуемая арбитражная оговорка. Так вот, по сути, такая рекомендуемая арбитражная оговорка представляет собой альтернативное арбитражное соглашение, по которому выбор конкретного арбитражного института может быть привязан либо к безусловному выбору истца, либо к местонахождению ответчика.

Формулировка альтернативного арбитражного соглашения часто звучит следующим образом: «Для разрешения возникающих по контракту или в связи с ним споров, стороны соглашаются на альтернативную подсудность, которая заключается в том, что сторона, инициирующая арбитражное разбирательство, имеет возможность обратиться за разрешением спора в один из нижеследующих арбитражных органов – Международный коммерческий арбитражный

суд при ТПП Украины или Лондонский суд международного арбитража. Спор будет рассматриваться согласно Регламенту избранного истцом арбитражного органа».

Как видно из вышеупомянутого текста арбитражного соглашения, выбор арбитражного института в нем не подчинен никаким дополнительным критериям, в силу чего потенциальный истец (то есть любая из сторон по контракту) вправе обратиться в любой из названных арбитражных институтов по своему усмотрению и, исходя, возможно из особенностей предмета спора.

Иногда выбор арбитражного органа, компетентного рассмотреть спор, может зависеть от заранее определенных обстоятельств, например «местонахождения ответчика» или «местонахождения истца». В таком случае, сторона, инициирующая арбитраж, вправе передать спор только в тот из названных в арбитражном соглашении институтов, который соответствует установленному в арбитражном соглашении критерию выбора.

Альтернативность затрагивает, как правило, ряд взаимосвязанных элементов арбитражного соглашения: (1) компетентный арбитражный орган, (2) соответственно применимый порядок разрешения спора (Регламент) и, субсидиарно, если в том возникает необходимость, национальное законодательство о международном коммерческом арбитраже, (3) язык арбитражного разбирательства. Распространение альтернативности на названные обстоятельства логично.

Очевидно, что процедуры рассмотрения спора в различных арбитражных институтах, несмотря на довольно значительную унификацию как национальных законов о международном коммерческом арбитраже, так и их регламентов, не являются идентичными. При единстве принципов, в регламентах различных арбитражных институтов существует довольно много различных подходов и нюансов в регулировании тех или иных процессуальных моментов. Так, в некоторых регламентах арбитражных институтов при отсутствии соглашения сторон о количестве арбитров спор однозначно подлежит рассмотрению тремя арбитрами¹¹⁹, в иных, правление арбитражного института или иной его полномочный орган может с учетом сложности дела, цены иска принять решение о передаче спора на разрешение единоличному арбитру¹²⁰.

¹¹⁹ Ст. 3.1 Регламента МКАС при ТПП Украины.

¹²⁰ Ст. 12 Регламента Арбитражного Института Стокгольмской торговой палаты (в редакции, действующей с 1 января 2007 года), ст. 14 Регламента по арбитражу Международного арбитражного суда при палате экономики Австрии, § 17 (2) Регламента МКАС при ТПП РФ.

В тоже время альтернативность не должна затрагивать определения сторонами применимого права. Установление альтернативы и для определения права, применимого к договору, не только будет искажать целостность договорных отношений сторон, понимание ими своих договорных обязательств и предвидимость последствий их нарушения, но, кроме того, в обязательном порядке приведет к конфликту на стадии параллельных арбитражных разбирательств и к проблемам в процессе признания и приведения в исполнение принятых на основании различных правовых норм арбитражных решений. В силу этого при согласовании альтернативной арбитражной оговорки рекомендуется не допускать распространения альтернативы на применимое право.

Как показывает практика, альтернативные арбитражные оговорки могут порождать довольно много практических проблем, особенно если одна из сторон будет злоупотреблять своим правом выбора. По существу, альтернативные арбитражные оговорки предполагают инициирование арбитража по принципу *«first come, first serve basis»*, т. е. при возникновении спора сторона, предусмотревшая в альтернативной арбитражной оговорке возможность обратиться в более предпочтительный для нее арбитраж, должна успеть сделать это первой, поскольку иначе она может, и скорее всего, так и окажется уже не истцом, а ответчиком в том арбитражном институте, истцом в котором она по каким-то причинам не хотела быть изначально. Предъявление сторонами одновременно или почти одновременно исков в различные арбитражные институты в отношении одного и того же контракта по спору о том же предмете и обстоятельствах может стать серьезной проблемой. Так, различные арбитражные институты, не говоря уже об арбитраже *ad hoc*, который также мог быть согласован в качестве альтернативы, по-разному фиксируют начало арбитражного разбирательства, а национальные законы по-разному регулируют возможные «параллельные» разбирательства.

Сторона, против которой предъявлен иск, может отказаться предъявлять свои встречные претензии в начатом против нее арбитражном разбирательстве, поскольку, опираясь на альтернативность арбитражной оговорки, она может посчитать себя вправе разрешить их в другом арбитражном органе. Подобная ситуация иногда становится трудноразрешимой, особенно, если различия в правовом регулировании касаются не только международного арбитража, но и начал процессуального права как такового.

Изложенное, как представляется, существенно снижает привлекательность альтернативной арбитражной оговорки, поскольку

«благородство компромисса» может обернуться значительными тратами как времени, так и денежных средств, связанных с возбуждением арбитражных разбирательств в двух юрисдикциях и последующей конкуренцией между ними и принятыми затем арбитражными решениями.

Односторонние и опционные арбитражные оговорки. Как правило, арбитражная оговорка в международном контракте означает отказ сторон от юрисдикции государственных судов и достижение ими соглашения о передаче спора по такому контракту на рассмотрение в определенный международный арбитражный суд (институционный арбитраж) или в арбитраж *ad hoc*. Однако разнообразие международных коммерческих отношений и их усложнение привело к тому, что в рамках одного контракта могут быть переплетены частноправовые и публично-правовые отношения, либо контрактное положение сторон, а именно баланс их прав и обязательств, коммерческих рисков и выгод может быть сдвинут в пользу одной из сторон.

Все это привело к тому, что баланс выбора в арбитражной оговорке может быть смещен, в частности в силу наличия в договоре пророгационной оговорки, право о передаче спора в международный арбитраж может быть предоставлено только одной стороне. Так, в современных международных контрактах встречаются и так называемые односторонние арбитражные оговорки (*«unilateral arbitration clauses»*).

Структурно такие оговорки представляют собой следующую правовую конструкцию: стороны по контракту ограничены в подаче иска рамками определенной судебной юрисдикции, но при этом одна сторона (реже, обе) имеет право инициировать арбитражное разбирательство спора в определенном арбитражном институте. Например, подобная оговорка может выглядеть следующим образом: «*несмотря на условия п. X [согласно которому стороны передают споры на рассмотрение определенного судебного органа], сторона A, по собственному усмотрению, вправе передать любой спор на рассмотрение в арбитраж [далее следуют условия, идентичные тем, которые стороны обычно определяют в арбитражной оговорке: компетентный арбитраж, регламент, место арбитража, язык разбирательства, количество арбитров и т. п.]*».

Такие оговорки о разрешении споров вначале стали появляться в международных контрактах, в которых одна из сторон не находится в юрисдикции, благоприятной для принудительного исполнения

иностранных судебного решения, но в компетентном суде которой сторонами предусмотрено рассмотрение возможных споров. Также они свойственны договорам, в которых одна из сторон изначально имеет более существенные договорные права. В этом случае, односторонняя оговорка также становится преимуществом более сильной договорной стороны, способным оптимизировать ее позицию в случае возникновения спора.

Менее распространены в международных контрактах односторонние судебные оговорки, когда стороны договариваются о передаче споров в международный арбитраж, но оставляют за одной из них (реже за обеими) право передать спор в государственный суд определенной юрисдикции.

Такие арбитражные оговорки еще называют опционными и выделяют в них два основных вида: 1) оговорка о выборе государственного суда с правом одной стороны передать спор в арбитраж и 2) арбитражная оговорка с правом передачи спора в государственный суд. Второй вид опционной арбитражной оговорки, как правило, предполагает опцион для обеих сторон, часто подобные оговорки встречаются в двусторонних инвестиционных соглашениях. Инвестор, как правило, по своему выбору может передавать спор в местный государственный суд или в международный арбитраж.

В рамках коммерческих договоров вышеописанные опционные арбитражные оговорки встречаются в договорах долгосрочной аренды или строительства, когда в отношении определенных споров только у одной из сторон может возникнуть необходимость обратиться в международный арбитраж. Довольно часто они практикуются в договорах об оказании финансовых услуг (займ, международные финансовые деривативы) или других договорах, в которых, как указано выше, одна сторона имеет изначально более сильную позицию (договор чартер-партнерства, франчайзинговые или агентские договоры).

Право на обращение в арбитраж (при наличии пророгационной оговорки) может быть опцией для обеих сторон. Например, договор чартер-партнерства Shelltime 3 содержит оговорку, согласно которой «*любой спор, возникающий из данной чартер-партнерства, передается на рассмотрение английским судам, с юрисдикцией которых стороны согласились вне зависимости от того, где они находятся; при условии, что любая из сторон вправе принять решение о передаче спора на разрешение в арбитраж ... Подобное решение должно быть передано в письменном виде другой стороне не позднее, чем через 21 день после получения извещения от другой стороны о возникновении спора*

В некоторых случаях стороны действительно сознательно «расщепляют» оговорку о рассмотрении спора на арбитражную и пророгационную, которые получили название *split clauses*. В этом случае сторонам исключительно важно правильно идентифицировать те споры или вопросы, которые они не хотят передавать на рассмотрение и разрешение в арбитраж. Стандартного подхода к таким оговоркам нет, а составление оговорки подобного рода требует очень четкого выражения воли сторон в целом, а также определения споров или вопросов для передачи в государственный суд. Нельзя забывать и о том, что не всегда подобные оговорки могут найти поддержку в национальных судах.

Между тем, в силу усложненной структуры договора или комплексности договорных отношений стороны порой включают вопросы, арбитрабильность которых сомнительна или прямо исключена (например, международные коммерческие договоры, связанные с оперированием ценными бумагами или интеллектуальной собственностью). В таких случаях опционная или односторонняя арбитражная оговорка может стать разумным практическим выходом из сложной ситуации, давая сторонам возможность сохранить международный арбитраж для отдельных категорий споров по их контракту.

Для реализации сторонами возможности предусмотреть одностороннюю или опционную арбитражную оговорку большое значение имеет право, применимое к арбитражной оговорке, поскольку в ряде юрисдикций, действительность односторонних арбитражных оговорок неоднозначна. Подобные односторонние арбитражные оговорки встречаются в договорах, одной из сторон которых являются компании, принадлежащие англо-американской правовой системе. Однако законодательство и судебная практика ряда европейских стран континентальной системы права сегодня уже более лояльны к концепции опционной арбитражной оговорки (Италия, Франция)¹²¹.

Автономия воли сторон является доминантой международного арбитража и если в результате ее реализации стороны в международном контракте пришли к соглашению о целесообразности внесения в него односторонней арбитражной оговорки, вряд ли национальные суды вправе вмешиваться в это соглашение. Нет и очевидных причин публично-правового характера, которые могут однозначно приводить к недействительности подобного соглашения сторон.

¹²¹ В некоторых случаях стороны сознательно «расщепляют» арбитражную оговорку Simon Nesbitt and Henry Quinlan, *The Status and O.* – № 1. – 2006. – Р. 144–149.

При этом существуют некоторые особенности реализации опционной оговорки, в частности, кто и когда может ее реализовать, при каких условиях и с какими последствиями. Как правило, кто обладает правом на опцион, достаточно прямо указано в арбитражной оговорке. Если в оговорке не указан срок реализации права выбора, например, арбитражной опции, этот выбор должен быть реализован до обращения в государственный суд. Если же сторона, обладающая правом выбора, становится ответчиком в государственном суде по иску, который по ее усмотрению может быть передан в государственный суд, она должна заявить в разумный срок, как правило, до подачи отзыва, свои возражения по подсудности. В соответствии с правом Англии возможность выбора существует до тех пор, пока оно не использовано или пока сторона не совершил какие-либо действия, на основании которых другая сторона сделает вывод о том, что право выбора было использовано¹²². Как было указано выше, опционные оговорки часто разделяют компетенцию между государственными судами и международным арбитражем в зависимости от характера и арбитрабильности спора. Выбор, сделанный стороной в порядке и в соответствии с опционной оговоркой, как правило, не может быть отменен.

В отношении данных оговорок также хотелось бы отметить, что их действительность и реализация во многом зависит и от места арбитража, действия норм Европейского Союза и национального законодательства о международной юрисдикции, практики государственных судов в отношении толкования и оценки подобных арбитражных оговорок.

Например, 19 июня 2012 г. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ по спору между ООО «Сони Эриксон Мобайл Коммюни케йшнс Рус» и ЗАО «Русская телефонная компания» вынес решение, по которому фактически отказано признавать обязательность арбитражной оговорки, в соответствии с которой одна из сторон отказывается от права на обращение в государственный суд, тогда как другая сторона сохраняет возможность выбора между государственной и третейской юрисдикцией.

Договор, заключенный между двумя российскими компаниями, одна из которых является дочкой крупной шведской корпорации, предусматривал альтернативную оговорку о компетентной юрисдикции.

¹²² Барбе Ж., Рашер П. Анализ опционных оговорок о способах разрешения споров с точки зрения французского и английского права // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2011. – № 1. – С. 113.

В соответствии с оговоркой стороны обязаны разрешать возникшие споры в Лондоне по правилам арбитража Международной торговой палаты. При том дочка шведской компании сохраняет возможность обратиться в суд компетентной юрисдикции. Поскольку иное не оговорено, можно полагать, что речь идет как о российском, так и об иностранном государственном суде.

Та сторона, для которой опция не предусматривалась, тем не менее, обратилась в суд в Российской Федерации. Суды трех инстанций отказали в рассмотрении иска, сославшись на арбитражную оговорку. Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что, «исходя из общих принципов осуществления защиты гражданских прав, соглашение о разрешении споров из контракта не может наделять лишь одну сторону контракта (продавца) правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону (покупателя) подобного права»¹²³.

Обоснованность такого подхода может вызывать сомнения. Как указано выше, осознанный добровольный отказ одной из сторон от обращения в государственный суд ни в коей мере не лишает ее права на судебную защиту, поскольку принятые международным арбитражем решение будет исполняться на территории той же России через систему государственных судов. При этом, конечно, нельзя не учитывать и то, какой степенью свободы располагала другая сторона, соглашаясь с предлагаемыми ей условиями по рассмотрению споров.

Действительность арбитражного соглашения. Вопрос действительности арбитражной оговорки нельзя недооценивать, ибо от этого зависит и арбитражная процедура, и исполнимость арбитражного решения. И этот вопрос является достаточно сложным, поскольку в процессе международного арбитража всегда сталкивается несколько правовых систем, которые могут претендовать на регулирование вопроса о действительности арбитражной оговорки.

Нью-Йоркская Конвенция требует от государственного суда, в который поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, отказать в рассмотрении спора по существу, и направить стороны в арбитраж, если только суд не найдет, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 3 ст. II Конвенции). В противном случае, суд вправе принять дело к производству и вынести по нему решение.

Для обеспечения права сторон на добровольное участие в арбитражном разбирательстве, Нью-Йоркская Конвенция устанавливает,

¹²³ [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://avocatlitvinski.livejournal.com/10831.html>.

что суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитражного суда, если арбитражное соглашение недействительно или решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы соглашения (подп. а и с п. 1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции). Эти нормы предоставляют суду право контролировать действительность соглашения об арбитраже и соответствие волеизъявления его сторон установленной форме (п. 2 ст. II Нью-Йоркской Конвенции). Подобный контроль может осуществляться при рассмотрении аналогичного спора судом или ходатайства о признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража. Последствием недействительности соглашения служит вынесение судом решения по спору, охватываемому таким соглашением, или отказ в признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража.

При этом единственное основание признания арбитражного соглашения недействительным по Нью-Йоркской Конвенции – его несоответствие форме (п.п. 2 и 3 ст. II Конвенции). Иные основания определяются по применимому закону, т. е. «по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено» (подп. а п. 1 ст. V Конвенции)¹²⁴.

Таким образом, можно утверждать, что в отношении установления действительности арбитражной оговорки Нью-Йоркская Конвенция ставит презумпцию о признании договаривающимися государствами письменного соглашения о передаче спора в арбитраж в отношении конкретного правоотношения¹²⁵.

Решая вопрос о действительности арбитражного соглашения, необходимо, в первую очередь, убедиться в том, что стороны обладают правом его заключать, т. е. являются правоспособными («право- и дееспособными» применительно к физическим лицам). От этого исходного положения зависит вся дальнейшая судьба арбитражного соглашения.

Что касается права, применимого для определения правоспособности сторон, то необходимо отметить, что, так как этот вопрос не входит в

¹²⁴ Нью-Йоркская Конвенция 1958 г. оставляет открытым вопрос о законе, которым определяется действительность арбитражного соглашения, не указывающего место разбирательства и закон, которому оно подчинено.

¹²⁵ Ванеев А.С., Дякин Д. Б. Действительность арбитражной оговорки в российской и зарубежной практике // Вестник международного коммерческого арбитража. – № 1 (январь–июнь 2010 года). – С. 30.

сферу действия принципа автономии воли сторон, то, следовательно, правоспособность сторон определяется по их личному закону¹²⁶. Это правило закреплено как в Нью-Йоркской Конвенции (пп. «а», п. 1 ст. V: «были... по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны»), так и в Европейской конвенции 1961 г., в которой прямо предусмотрено, что государственный суд при решении вопроса о правоспособности сторон должен руководствоваться законом, который к ним применяется.

Личный закон физического и юридического лица определяется по-разному в разных странах. В Украине под личным законом физического лица понимается право страны, гражданство которой это лицо имеет, т.е. *lex patriae* (ст. 16 Закона Украины «О международном частном праве»), в соответствии с которым определяется его гражданская право- и дееспособность. Содержание же правоспособности юридического лица, определяемое его личным законом, устанавливается на основе права его местонахождения, под которым понимается государство, в котором зарегистрировано или иным способом создано данное юридическое лицо (ст. 26 Закона Украины «О международном частном праве»).

Данные коллизионные привязки используются для определения права, в соответствии с которым должен решаться вопрос о том, может ли лицо заключать арбитражное соглашение. Причем, если в материально-правовом отношении возможность физических и юридических лиц быть стороной соглашения не вызывает сомнений, то возможность участия государства, напротив, часто ставилась под сомнение¹²⁷.

В отношении юридических лиц, данный вопрос особо актуален для споров с участием государства и государственных институтций. Изначально, рассмотрение споров с участием государства в арбитраже было недопустимым, однако с признанием концепции функционального иммунитета, т.е. когда государство выступает не в качестве носителя власти, а совершает действия *jure gestionis*, носящие исключительно коммерческий характер, стало возможным подчинение государства юрисдикции иностранных судов и арбитражей. Более того, как указал в одном из своих решений

¹²⁶ Минаков А. И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. –М.: Юридическая литература, 1985. – С. 95 и далее.

¹²⁷ Различные подходы к вопросу о возможности для государства заключать арбитражные соглашения см. у René David, *Arbitration in International trade (Arbitrage dans le commerce international)*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985. – С. 175 и далее.

Международный арбитражный суд при МТП, «ситуация, при которой какой-либо государственный орган, заключивший открыто, сознательно и намеренно арбитражную оговорку и дающий другой стороне основания верить в действительность такого намерения, мог бы в последующем ссылаться на недействительность своего обязательства»¹²⁸.

Нельзя не упомянуть и проект статей Комиссии ООН о юрисдикционных иммунитетах государств (ст. 17), согласно которому само заключение государством арбитражного соглашения означает лишь то, что оно не может ссылаться на свой иммунитет в связи с определенным перечнем вопросов: действительность или толкование соглашения, арбитражная процедура, отмена арбитражного решения. В остальном же, государство от своего иммунитета не отказывается (если иное не вытекает из арбитражного соглашения), в частности, оно сохраняет иммунитет от предварительного обеспечения и решений суда, вынесенных в порядке принудительного исполнения арбитражных решений.

При возникновении спора о действительности арбитражного соглашения очень важно, на какой стадии и в каком органе он возник. Наиболее часто такой спор возникает в ходе самого арбитражного разбирательства, и вопрос о действительности арбитражного соглашения решают сами арбитры. В этой связи часто возникают вопросы, связанные с объемом полномочий состава арбитражного суда по установлению воли сторон, действительности и заключенности арбитражного соглашения. Согласно широко известной доктрине *competence-competence* об автономии арбитражного соглашения, арбитры наделены компетенцией разрешать вопросы о собственной компетенции самостоятельно. Для этого они должны оценить как арбитрабильность спора, так и все нюансы, связанные с его действительностью, заключенностью и исполнимостью. На практике существует и несколько иной подход к оценке полномочий арбитров, связанный с оценкой самого существования арбитражной оговорки. То есть, если стороны не заключали арбитражное соглашение, у арбитров отсутствует и сама возможность разрешать вопрос о своей компетенции¹²⁹.

Что касается украинского законодательства о международном коммерческом арбитраже, то оно основано на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже в редакции 1985 года и отражает его компромиссный характер в части

¹²⁸ Дело MAC МТП 1939/1971, цит. по Laurence Craig W., Park W., Paulsson J., *International Chamber of Commerce arbitration*, Oceana Publications, 2000. – С. 45.

¹²⁹ Ванеев А. С., Дякин Д. Б. Указ. тр. – С. 32.

установления письменной формы арбитражного соглашения (ст. 7). В новой редакции Типового закона 2006 года понятие письменной формы было расширено. Так, арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если его содержание зафиксировано в какой-либо форме, независимо от того, заключено ли арбитражное соглашение или договор или нет в устной форме, на основании поведения сторон или с помощью других средств. Требование о заключении арбитражного соглашения в письменной форме удовлетворяется электронным сообщением, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования; «электронное сообщение» означает любое сообщение, которое стороны передают с помощью сообщений данных; «сообщение данных» означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭОД), электронную почту, телеграмму, телекс или факс, но, не ограничиваясь ими.

При этом был предложен и второй вариант лаконичного изложения ст. 7 Типового закона, основанный на развитии законодательства и правоприменительной практики отдельных стран. Так, согласно ему «арбитражное соглашение» – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носит ли оно договорный характер или нет.

С позиции украинской правоприменительной практике и стремления к установлению скорее проарбитражного режима, при оценке письменной формы арбитражного соглашения все же желательно придерживаться первого варианта толкования письменной формы арбитражного соглашения.

При оценке действительности арбитражной оговорки возникает несколько вопросов: это вопрос права, применимого к арбитражной оговорке; формальная и материальная действительность арбитражной оговорки; арбитрабильность предмета спора.

Что касается права, применимого к арбитражной оговорке, то общепризнано, что соглашение о передаче споров в арбитраж наиболее тесно связано с правом места арбитража как местом реализации этого соглашения. Таким образом, выбор места арбитража сторонами (или арбитрами) является, в свою очередь, непрямым выбором права, которое применяется не только к

арбитражной процедуре, но и к материальной действительности арбитражного соглашения, арбитрабильности споров и действительности формы арбитражного соглашения. В то же время, не всегда место арбитража согласовано сторонами, и не сразу арбитражный институт или арбитры принимают решение вместо сторон, а потому возникает вопрос – как в этом случае определяется право, которое применяется к арбитражному соглашению, если вопрос относительно этого возник, например, в государственном суде.

Европейская Конвенция о внешнеторговом арбитраже в статье VI (c) определяет, что при отсутствии указаний на закон, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, и если в тот момент, когда этот вопрос представлен на разрешение государственного суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, – то арбитражное соглашение регулируется законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело. Суд, в котором возбуждено дело, может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства.

Важно, что арбитражный суд не связан *lex fori*, то есть не связан юридической обязанностью прибегать к коллизионным нормам места арбитража для определения права, которое применяется к арбитражному соглашению. Арбитры должны применять арбитражный закон места арбитража, но в большинстве случаев такие законы не содержат специальных коллизионных норм относительно определения арбитрами права, которое применяется к арбитражному соглашению. К таким исключениям принадлежит, например, Швеция, в которой арбитражный закон прямо регулирует вопрос определения права, которое применяется к арбитражному соглашению¹³⁰. В других случаях, коллизионные нормы касаются правил установления права, которое применяется государственными судами при отмене арбитражного решения или приведении его в исполнение. Таким образом, арбитры самостоятельно определяют коллизионные привязки при определении права, которое применяется к арбитражному соглашению, руководствуясь, при этом,

¹³⁰ Статья 48 Закона Швеции об арбитраже устанавливает, что «к арбитражному соглашению, в котором присутствует международный элемент, применяется право, которое установлено соглашением сторон. При отсутствии договоренности сторон о праве, которое будет применимо к арбитражному соглашению, применяется право страны, где в силу арбитражного соглашения рассмотрение имело или будет иметь место. Часть первая этой статьи не применяется к вопросу о полномочиях стороны вступать в арбитражное соглашение и полномочия представителя стороны в арбитражном разбирательстве».

в том числе и коллизионными нормами права места арбитража, международными конвенциями и практикой.

Что касается государственных судов, то при возникновении необходимости определить право, которое применяется к арбитражному соглашению, ситуация несколько другая. Прежде всего, в отличие от арбитров, государственные суды связаны *lex fori* и должны применять коллизионные принципы *lex fori*. Эта обязанность часто становится поводом к так называемому *forum-shopping* (поиску наиболее благоприятной юрисдикции), поскольку в разных юрисдикциях разные национальные законы применяются к оценке одного и того же арбитражного соглашения. Чтобы избежать или снизить вероятность *forum shopping*, государственные суды должны руководствоваться, в первую очередь, коллизионными нормами, которые содержатся в унифицированных международных документах, таких, например, как Нью-Йоркская Конвенция и Европейская Конвенция. Обе названные конвенции содержат коллизионные нормы относительно определения права, которое применяется к материальной и формальной действительности арбитражного соглашения, которые определяют прямой выбор права.

Право, которое применяется к сути арбитражного соглашения сторон, регулирует все вопросы материальной действительности такого соглашения, то есть, действительность предложения о передаче споров на арбитраж и его акцепту, определение момента заключения соглашения, ошибки или мошенничество, при заключении соглашения, выполнения и прекращения арбитражного соглашения и другие вопросы. Более того, оно регулирует объем арбитражного соглашения и его распространение на третьи лица.

Вопрос формы арбитражного соглашения, как сказано выше, прямо регулируется нормами Нью-Йоркской Конвенции и закона о международном коммерческом арбитраже, что не решает всех проблем, которые могут возникать на практике, с учетом все более динамичного развития электронной торговли и средств коммуникации.

Не менее важным является и оценка материальной действительности арбитражного соглашения, а именно надлежащее выражение воли сторон на передачу их спора в определенный арбитражный институт. Кроме выяснения правильного наименования арбитражного института, важна и правильная оценка того, а было ли между сторонами понимание, что они намереваются передать спор именно в арбитраж.

Представляется, что установление именно этого содержания является первичным при возникновении спора о действительности арбитражного соглашения как со стороны арбитров, так и компетентного

государственного суда, если последнему этот спор передан на рассмотрение сторонами.

Только после установления содержания волеизъявления сторон возникает необходимость оценить форму такого волеизъявления. Важно учитывать, что согласно сформированным принципам международного частного права (коллизионных привязок) действительность сути соглашения и его формы подчинены разным коллизионным правилам¹³¹. Это обстоятельство может привести к тому, что вопрос о наличии соглашения передать спор в арбитраж и его форме должны быть решены на основе разных законов.

Возвращаясь к практике украинских судов, небезосновательно выскажем серьезные сомнения, что они делают различие между требованиями к формальной действительности арбитражного соглашения (письменная форма в ее расширенном толковании) и действительностью соглашения сторон в сущности (о передаче спора в арбитраж). Не всегда оценивается и так называемая правоспособность сторон заключать арбитражные соглашения или надлежащее представительство стороны в процессе согласования и подписания арбитражного соглашения, персональный закон стороны. Так, в силу того, что стороны имеют различную государственную принадлежность, вопрос надлежащей правосубъектности сторон будет регулироваться в соответствии с применимым национальным правом. На основании широко распространенных коллизионных норм правосубъектность физических лиц определяется их личным законом (законом гражданства или законом местожительства), а правосубъектность юридических лиц – законом юридического лица (законом места его инкорпорации, законом оседлости или законом места ведения основной деятельности (жизненных интересов). Для того, чтобы арбитражное соглашение было признано действительным, стороны, его заключившие, должны иметь надлежащую правосубъектность в соответствии с правом, регулирующим их личный статут. Добровольность волеизъявления сторон предполагает выражение подлинного намерения сторон обратиться в арбитраж, свободное от обмана, угроз, ошибки или заблуждения. Лишь в этом случае можно признать волеизъявление сторон формирующим их истинное намерение выбрать арбитражное разбирательство как средство разрешения спора между ними.

Арбитрабильность спора или, другими словами, способность предмета спора быть переданным на рассмотрение в арбитражный

¹³¹ См. статью 8 (Material validity) и статью 9 (Formal validity) Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам от 19 июня 1980 года.

суд (то есть, к органу частного правосудия, а не в государственный суд), имеет важнейшее значение для оценки действительности арбитражного соглашения как на стадии принятия спора к рассмотрению, так и, в конечном счете, при выполнении арбитражного решения. Если спор неарбитрабилен, то и арбитражное соглашение по нему является недействительным, и арбитры не могут рассмотреть спор по существу, даже если стороны будут их просить об этом. Автономия воли сторон в этой точке затрагивает вопросы публичного интереса и публичного порядка. Вопросы арбитрабильности споров урегулированы в национальных законах и при наличии общих принципов, имеют достаточно существенные отличия. Например, статья 177 Закона Швейцарии о международном частном праве, статья 1(1) Закона Швеции об арбитраже устанавливают прямое регулирование арбитрабильности без отсылки к коллизионным нормам, если место арбитража находится соответственно в их юрисдикции. То есть, место арбитража в этих юрисдикциях служит для арбитров и сторон определяющим для оценки арбитрабильности спора. При признании и приведении в исполнение решения этот подход работать не будет, и государственный суд страны исполнения арбитражного решения будет решать вопрос об арбитрабильности спора по закону страны приведения арбитражного решения в исполнение.

В качестве общего вывода, важно отметить, что применение принципа толкования *«in favorem validitatis»* является частью проарбитражного подхода, который находит выражение и в процессе определения права, которое применяется к арбитражному соглашению, когда для определения права оценивается применение нескольких национальных законов. Между тем, применение подобного подхода «в интересах передачи спора в арбитраж», требует установления факта добросовестного согласования арбитражного соглашения и составления его способом, который обеспечивает его действительность. Дело в том, что принцип *in favorem* является принципом толкования, при котором устанавливается действительность арбитражного соглашения с точки зрения сути соглашения – передачи спора в арбитраж. Более того, при определении права, которое подлежит применению к арбитражному соглашению, арбитры должны помнить, что такое право должно поддерживать действительность арбитражного соглашения. Отмеченный подход в свое время нашел отражение в статье 178 (2) Закона Швейцарии о международном частном праве, в которой сказано, что «по содержанию арбитражное соглашение действительно, если оно

отвечает требованиям, которые установлены правом, избранным сторонами, или правом, которое применяется к предмету спора, или же швейцарским правом»¹³². Апеллируя к принципу *in favorem validitatis*, законодатель Швейцарии указал, что по форме арбитражное соглашение является действительным, если оно совершено в письменном виде, с помощью телеграммы, телекса, факса или любого другого средства связи, что позволяет документально подтвердить его заключение. То есть, отсутствие письменного текста арбитражного соглашения будет препятствовать реализации арбитражного соглашения, каким бы либеральным, дружественным арбитражу образом соглашение не будет оценено по существу.

Идея альтернативного применения разных правопорядков к материальной действительности арбитражного соглашения нашла свое отображение и в Резолюции «Арбитраж между государствами, государственными предприятиями или государственными объектами», принятой Институтом международного права в 1989 году¹³³. В ст. 4 данной Резолюции сказано, что в случае, если действительность арбитражного соглашения является спорной, арбитраж сам решает этот вопрос, применяя один или несколько правопорядков: закон, выбранный сторонами; закон, определенный системой международного частного права, определенной сторонами; общие принципы международного арбитража; закон, который подлежит применению государственными судами в месте арбитража. При осуществлении выбора, арбитраж руководствуется *in favorem validitatis*¹³⁴.

Цессия арбитражного соглашения. Много вопросов, связанных с действительностью арбитражного соглашения, возникает при цессии арбитражной оговорки в договоре. В первую очередь, возникает вопрос о возможности переуступки арбитражного соглашения вообще. Связано это со сложной правовой природой арбитражного соглашения. Как известно, существует две основные теории арбитража – процессуальная и договорная. В соответствии с

¹³² Режим доступа: https://www.sccam.org.sa/download/IPRG_russian.pdf.

¹³³ Режим доступа: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF.

¹³⁴ Institut de Droit International, Session of Santiago de Compostela 1989, Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises; Article 4: «Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal shall resolve the issue by applying one or more of the following: the law chosen by the parties, the law indicated by the system of private international law stipulated by the parties, general principles of public or private international law, general principles of international arbitration, or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat. In making this selection, the tribunal shall be guided in every case by the principle *in favorem validitatis*».

первой арбитраж считается разновидностью дозволенного государством гражданского судопроизводства. По мнению сторонников этой теории, арбитражное соглашение – процессуальный акт, который не может быть передан по цессии институту гражданского права. Сторонники договорной теории рассматривают арбитражное соглашение как гражданско-правовой договор, передаваемый по цессии.

Переход к другому лицу прав (и обязанностей), возникших из договора, может быть следствием универсального или сингулярного правопреемства. Универсальное правопреемство происходит при реорганизации одной или обеих сторон договора, являющихся юридическими лицами. Оно осуществляется *ipso jure* и не требует согласования с другой стороной обязательства. Сингулярное правопреемство основывается на соглашении сторон (как это происходит при цессии или, соответственно, переводе долга) или на указании закона при наступлении предусмотренных им определенных юридических фактов (типичные примеры – исполнение обязательства должника его поручителем или залогодателем, а также суброгация в имущественном страховании). При цессии объем и условия перехода прав от первоначального кредитора к новому могут определяться соглашением между ними, в то время как во втором случае закон, предписывая переход права от одного лица к другому, может установить объем и условия такого перехода.

При сингулярном правопреемстве, например, суброгации не исключается перехода к правопреемнику и тех предусмотренных контрактом прав и обязанностей, которые связаны с совершением действий, регулируемых не гражданско-правовыми, а иными юридическими нормами. Это в полной мере относится и к гражданско-процессуальным условиям, содержащимся в арбитражной оговорке¹³⁵.

2. Оспаривание компетенции состава арбитража

Если компетенция состава арбитража подвергается оспариванию, то состав арбитража должен обладать полномочиями разрешить вопрос о своей собственной компетенции, в противном случае любое заявление стороны об отсутствии компетенции приводило бы к разрушению единства арбитражного процесса и стимулировало стороны к злоупотреблению правом на оспаривание. При этом пределы полномочий арбитров решать тот или иной спор совпадают с тем, как это предусмотрено арбитражной оговоркой. Следовательно,

¹³⁵ Мусин В. А. Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства / В. А. Мусин // Третейский суд. – 2000. – № 4.

вопрос о пределах компетенции арбитража решается в зависимости от толкования этой оговорки, что в международной практике нередко связано с применением норм права различных государств. Принцип, позволяющий арбитрам разрешать вопрос о своей собственной компетенции, широко известен в международной арбитражной практике и носит название компетенции-компетенции¹³⁶.

Принцип компетенции-компетенции в настоящее время не только закреплен в ряде международных договоров, но и нашел отражение в законодательствах большинства стран. В частности, п. 3 ст. V Европейской Конвенции устанавливает, что арбитражный суд, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела и имеет право сам вынести решение по вопросу о своей компетенции. Аналогичное правило предусмотрено в ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. Причем и упомянутая Европейская конвенция, и Типовой закон предусматривают возможность обжаловать постановление международного коммерческого арбитража о наличии компетенции в государственный суд. Дополнительно Типовой закон устанавливает, что такое обжалование не приостанавливает процедуру арбитражного разбирательства и вынесения итогового решения. При этом, однако, ни Европейская Конвенция, ни Типовой закон не устанавливают, что должен делать состав арбитража в случае, если в ходе арбитражного разбирательства государственный суд по месту арбитража отменит постановление о наличии компетенции¹³⁷.

Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» фактически дословно повторяет вышеназванные положения. При этом Регламент МКАС при ТПП Украины, как и Гражданский процессуальный кодекс Украины не содержит каких-либо положений, которые бы устанавливали процедуры, коррелирующие указанным нормам. Отсутствуют, к сожалению, в доступных источниках, как судебных, так и опубликованной практике МКАС при ТПП Украины какие-либо примеры подобных практических ситуаций.

В Разделе 2, в рамках анализа вопросов природы и юридической силы арбитражного соглашения, были затронуты и вопросы компетенции арбитража. Грамотно составленное арбитражное соглашение, не содержащее грубых ошибок или описок, способно значительно снизить

¹³⁶ В иностранной литературе также именуется «Kompetenz-Kompetenz» или «competence-competence principle».

¹³⁷ Ванеев А., Дякин Д. Особенности установления компетенции в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. – № 2 (июль–декабрь 2010). – Ст. 106.

риски оспаривания компетенции международного арбитража, как перед самими арбитрами, так и в государственных судах. Как известно, нередко сторона прибегает к оспариванию компетенции арбитража уже после вынесения арбитрами решения, которое для такой стороны неблагоприятно.

Возможность назначить арбитра справедливо считается одним из ярких преимуществ международного арбитража. Правила и принципы назначения сторонами арбитров являются, в свою очередь, наиболее унифицированными и понятными вне зависимости от места арбитража, применимого национального закона о международном арбитраже и регламента институции. В основе этих правил лежит приоритет воли сторон определить количественный состав арбитров и требования к их квалификации, уравновешенные правилами регламентов и нормами соответствующих законодательных актов о международном арбитраже.

Базовые принципы формирования состава арбитров изложены в Типовом Законе ЮНСИТРАЛ «О международном коммерческом арбитраже» (статьи 10–15).

По общему правилу, стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров. За неимением такого определения, назначаются три арбитра. Регламент МКАС при ТПП Украины также предусматривает, что стороны могут по своему усмотрению определить количество арбитров, в том числе одного, а если соглашения сторон о количестве арбитров нет, назначаются три арбитра. В ряде арбитражных институтов, однако, существует изначальное право институции сформировать единоличный состав арбитража. Так, статья 12 Арбитражного Регламента Стокгольмского Арбитражного Института устанавливает, что при отсутствии договоренности сторон о количестве арбитров, состав арбитража должен быть сформирован в составе трех арбитров, если только Правление, принимая во внимание сложность дела, сумму спора и другие обстоятельства, не решит, что спор подлежит разрешению единоличным арбитром. Несколько иной подход к формированию количественного состава существует в статье 12 Арбитражного Регламента Международной торговой палаты (Арбитражный Регламент ICC) в редакции 2012 года. По общему правилу, споры разрешаются единоличным арбитром или тремя арбитрами, а если стороны не договорились о числе арбитров, Суд назначает единоличного арбитра, за исключением случаев, когда Суд считает, что характер спора требует назначения трех арбитров.

Несмотря на то, что единоличное рассмотрение спора считается менее затратным, по ряду споров коллегиальное рассмотрение является приоритетным с учетом сложности спора.

Унифицированного требования к квалификации арбитра не существует. Более того, в специализированном арбитраже, как например, в морском арбитраже или арбитраже по торговле товарами (*trade commodities*) арбитрами часто являются узкопрофильные специалисты, не являющиеся по образованию юристами (бывшие капитаны морских судов, зернотрейдеры).

Помимо законодательства, отдельные положения в отношении квалификации арбитров могут содержаться в регламентах постоянно действующих арбитражных институтов. Так, статья 5 Регламента МКАС при ТПП Украины определяет, что арбитрами могут являться лица, назначенные сторонами при соблюдении условий регламента, либо лица, назначенные Президентом Торгово-промышленной палаты Украины. Президиум Торгово-промышленной палаты Украины по представлению Президиума МКАС утверждает Рекомендательный список арбитров сроком на 5 лет, в который могут включаться как граждане Украины, так и граждане других государств и лица без гражданства, обладающие необходимыми специальными знаниями в области разрешения споров, отнесенных к компетенции МКАС. В Рекомендательном списке арбитров указываются имя и фамилия арбитра, его постоянное место жительства (город, страна), образование, специальность, ученая степень (звание), должность, место работы и другие сведения по решению Президиума МКАС.

Рекомендательные списки арбитров предлагают многие институции (МКАС при ТПП РФ, Венский арбитражный центр, Арбитражный суд при ТПП Польши, Сингапурский международный арбитражный суд и другие). Как правило, такие рекомендательные списки являются открытыми, то есть арбитрами могут быть назначены и иные лица, не указанные в списке. Принципиальная задача рекомендательного списка – проинформировать стороны о потенциально возможных кандидатах на назначение арбитром. Лица, указанные в списке, являются признанными экспертами в международном арбитраже, как в рамках юрисдикции институции, так и в ее, а их квалификация как бы подтверждается самим наличием в списке. Кроме таких формальных списков, доступных публично, многие арбитражные центры располагают и базами данных арбитров, фиксируя в них информацию об арбитрах, появившихся в их делах.

Некоторые арбитражные институции имеют принципиальные особенности в части регулирования процедур назначения арбитра,

что в определенной степени связано с наличием в его структуре национальных комитетов ICC. К числу таких, безусловно, нужно отнести, в первую очередь, Международный арбитражный суд Международной торговой палаты (Суд ICC), регламент которого отличается особой процедурой назначения арбитров. «Классическая» схема формирования состава арбитража из трех арбитров, как указано выше, заключается в том, что каждая из сторон назначает одного арбитра, и избранные сторонами арбитры либо сами стороны согласовывают председателя состава арбитража. В случае, если сторона не назначила арбитра либо арбитры, назначенные сторонами, или сами стороны не смогли согласовать председателя состава арбитража, председатель назначается арбитражным институтом, по регламенту которого осуществляется арбитражное производство. В арбитражном разбирательстве по Арбитражному Регламенту ICC стороны не назначают, а номинируют кандидатуры арбитров. Окончательное решение об их утверждении принимается Судом ICC. В случае, когда сторона не назначила арбитра, Суд ICC обращается в национальный комитет страны такой стороны, который предлагает кандидатуру арбитра для последующего утверждения Судом. Если необходимо назначить единоличного арбитра или арбитра-председателя, Суд ICC обращается за предложением в национальный комитет страны, нейтральной по отношению к сторонам. На практике при выборе национальности единоличного арбитра или председателя состава арбитража Суд принимает во внимание следующие факторы: национальность¹³⁸ сторон, местонахождение представителей и уже утвержденных арбитров, место и язык арбитража, а также применимое право.

По версии Арбитражного Регламента ICC 1998 года Суд ICC был вправе произвести прямое назначение арбитра от имени стороны, минуя национальный комитет, только когда: 1) в соответствующей стране отсутствовал национальный комитет ICC; 2) национальный комитет, в который обратился Суд, не представил предложения по кандидатуре арбитра, либо 3) предложение национального комитета было отклонено Судом (например, если кандидат не предоставил полностью заполненных форм или проживает далеко от места арбитража, а сумма спора не настолько велика, чтобы оправдать высокие транспортные, почтовые и другие затраты арбитра)¹³⁹.

¹³⁸ Под «национальностью» понимается «национальность» юридического лица, то есть место его инкорпорации, либо, применительно к физическому лицу, гражданство или подданство.

¹³⁹ Статья 9 (6) Арбитражного Регламента ICC 1998 года.

Аналогичным образом по Арбитражному Регламенту ICC 1998 года осуществлялось и назначение единоличного арбитра либо председателя состава арбитража, и только при наличии особых обстоятельств и отсутствии возражений сторон Суд мог напрямую назначить единоличного арбитра или арбитра-председателя из страны, в которой отсутствует национальный комитет ICC¹⁴⁰. С 1 января 2012 года в силу вступила новая версия Арбитражного Регламента ICC, по которой Суд ICC получил право осуществлять прямые назначения в случаях¹⁴¹:

а) когда стороной (сторонами) в споре выступают государство или государственные субъекты;

б) когда Суд придет к выводу о том, что целесообразно осуществить назначение арбитра из страны или территории, в которой отсутствуют национальный комитет или группа;

в) в иных случаях, когда по обстоятельствам дела прямое назначение является обоснованным. При этом Президент Суда должен заверить Суд в необходимости такого назначения и указать обстоятельства, которые служат основанием для прямого назначения.

Согласно практике и положениям норм большинства регламентов постоянно действующих арбитражных институтов, потенциальный арбитр должен был представить заявление о независимости, которое включает в себя и заявление о согласии с назначением, достаточно часто к такому заявлению (если арбитр не из рекомендуемого институцией списка или когда такого списка в принципе нет) надлежит прикладывать резюме, отражающее профессиональный опыт.¹⁴²

В 2009 году Суд ICC внес изменения в форму вышеупомянутого заявления, добавив пункт о занятости¹⁴³. В этом пункте необходимо указывать количество арбитражных и судебных дел, в которых потенциальный арбитр уже участвует в качестве представителя стороны, арбитра, председателя состава арбитража или в ином, а также информацию относительно профессиональных обязательств на ближайшие 12–18 месяцев, исполнение которых потребует от арбитра значительного времени. Зачастую потенциальные арбитры сообщают, какое количество недель в их графике в обозначенный период занято проведением слушаний. Процедура предоставления данных сведений была введена во избежание случаев, когда в качестве арбитров назначались, хотя и опытные, и хорошо известные в мире арбитражка

¹⁴⁰ Статья 9 (4) Арбитражного Регламента ICC 1998 года.

¹⁴¹ Статья 13 (4) Арбитражного Регламента ICC 2012 года.

¹⁴² Статья 7 (2) Арбитражного Регламента ICC 1998 года, Статья 14 (2) Арбитражного Регламента Стокгольмского арбитражного института,

¹⁴³ Англ. «availability».

специалисты, которые, однако, были перегружены участием в других арбитражных делах, вследствие чего рассмотрение дел серьезно затягивалось¹⁴⁴.

Ныне действующий Регламент МКАС также прямо предусматривает, что лицо, принимающее на себя функции арбитра, заполняет и подписывает заявление, форма которого утверждается Президиумом МКАС, с выражением согласия принять и выполнять функции арбитра в соответствии с Регламентом МКАС. Лицо, которому предложено принять назначение в качестве арбитра, обязано сообщить МКАС о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в его беспристрастности и независимости при рассмотрении конкретного спора. Арбитр должен незамедлительно поставить в известность МКАС и стороны о любом таком обстоятельстве, если оно становится ему известным впоследствии в течение арбитражного разбирательства¹⁴⁵.

При наличии фактов и обстоятельств, которые могли поставить под сомнение независимость потенциального арбитра в глазах сторон, такие факты и обстоятельства подлежат раскрытию в заявлении о независимости.

Как видим, основной целью данного заявления является извещение как институции, так и сторон о беспристрастности и независимости арбитра, равно как оно также свидетельствует об обязанности потенциального арбитра до его назначения заявить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в его беспристрастности и независимости. Интересно в этой связи отметить, что норма регламента одного из самых популярных институтов – Арбитражного суда ICC – в версии 1998 года не содержала специального указания на то, что арбитр должен являться беспристрастным, а лишь содержала положение, что сторона вправе заявить требование об отводе арбитра, основанное на «недостаточной независимости или любом другом мотиве»¹⁴⁶. Это вызывало много дискуссий относительно того, действительно ли требование о беспристрастности охватывается приведенной формулировкой, или подразумевается что-то иное. Во избежание подобных дискуссий и неоднозначности толкования положения, в Арбитражный Регламент ICC был введен термин «беспристрастность»¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Галина Жукова, Владимир Хвалей. Новая редакция Арбитражного регламента ICC.

¹⁴⁵ Статья 28 (2) (3) Регламента МКАС при ТПП Украины.

¹⁴⁶ Статья 11 (1) Арбитражного Регламента ICC 1998 года.

¹⁴⁷ Статья 11 (1) Арбитражного Регламента ICC 2012 года.

Вопросы независимости и беспристрастности арбитров являются ключевыми для арбитража, так же как и вопросы автономности арбитражного соглашения и доктрины компетенции-компетенции. Ответ на вопрос, что же подразумевается под столь базовыми понятиями, нашедшими международное и национальное применение, лежит как в области доктрины, так и в сложившейся арбитражной практике. Тем не менее, эти понятия, являясь достаточно формализованными в порядке определения критериев и ситуаций, все же остаются и несколько абстрактными, то есть их полное наполнение невозможно без понимания этических стандартов арбитрирования.

Беспристрастность арбитра – это его внутреннее состояние, умение абстрагироваться от симпатий, личного восприятия как ситуации, так и сторон и их представителей сторон, то есть арбитр должен исходить из объективно равного, непредвзятого и справедливого отношения к сторонам. Часто суть принципа беспристрастности сводят к тому, что назначение арбитра одной из сторон не должен каким-либо образом влиять на его профессиональную способность рассматривать факты, обстоятельства и представленные другой стороной доказательства беспристрастно. Если другая сторона представила более весомые и убедительные доказательства своей позиции, беспристрастный арбитр должен принять их во внимание и дать им соответствующую профессиональную оценку. Если арбитр и может быть благоприятно настроен к стороне, его назначившей, он не должен позволить себе, чтобы это влияло на его профессиональное суждение.

Учитывая порой достаточную спорность ситуаций в процессе, нельзя исключить (и на практике такие ситуации имеют место), когда назначенный стороной арбитр и не скрывает к ней своей симpatии, и использует все возможности продвигать позицию этой стороны. Причем, как на открытых слушаниях, так и на закрытых обсуждениях в рамках состава арбитражного суда. Какой выход из этой ситуации для другой стороны? Можно, конечно, заявить отвод арбитра, что не всегда может привести к желаемому результату, потому что может и не быть явных оснований для такого отвода. С практической точки зрения более результативной представляется апеллирование к другим членам состава арбитражного суда, которые смогут нивелировать подобное отношение одного из арбитров своей беспристрастной оценкой фактов и обстоятельств дела, особенно это относится к председательствующему арбитру.

Независимость арбитра не является синонимом беспристрастности. Например, у арбитра нет каких-либо взаимоотношений с одной из

сторон, но он не будет беспристрастен, поскольку может иметь личную заинтересованность в определенном исходе арбитражного рассмотрения спора. Теоретически возможна и обратная ситуация, когда будут обнаружены факты, свидетельствующие о существовании некоторой зависимости арбитра, но в то же время такой арбитр не утратит способности принимать беспристрастное решение по существу спора.

В любом случае, принцип независимости арбитра объективно более определяемый, поскольку связан с установлением факта существования какой-либо взаимосвязи или отношений арбитра с одной из сторон. Значительное практическое значение и использование в практике международного арбитража получили Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (*IBA Guideline on Conflicts of Interest in International Arbitration*) Международной ассоциации юристов (*International Bar Association*).

При подготовке этого документа специально созданная рабочая группа анализировала национальное законодательство развитых стран, регламенты и практику арбитражных учреждений, а также мнения практикующих специалистов в области международного коммерческого арбитража. Одной из основных причин разработки данного документа было отсутствие нормативно закрепленных дефиниций и критериев требований о беспристрастности и независимости арбитров. На практике это приводило и приводит к тому, что участники международного арбитражного процесса часто используют различные подходы к вопросу определения конфликта интересов, необходимости раскрытия арбитром информации о фактах и событиях, которые могут повлиять на возможность его участия в качестве арбитра в конкретном деле.

Стороны, арбитры, арбитражные институты и суды сталкиваются с необходимостью принятия сложных решений о том, какую информацию следует раскрывать и какими стандартами при этом руководствоваться. Кроме того, арбитражные институты и суды вынуждены принимать сложные решения, связанные с рассмотрением возражений и отводов, заявленных после раскрытия информации. Существует определенное противоречие между правом сторон на раскрытие информации о ситуациях, которые могут обоснованно поставить под сомнение беспристрастность или независимость арбитра, и правом сторон на справедливое рассмотрение дела, с одной стороны, и правом сторон выбирать арбитров по своему усмотрению, с другой стороны. Несмотря на то, что законы и арбитражные регламенты устанавливают некоторые стандарты, детальное регулирование

и единство в их применении отсутствуют. В результате при принятии решений по вопросам раскрытия информации, при разрешении заявленных возражений и отводов члены международного арбитражного сообщества нередко применяют разные стандарты¹⁴⁸.

Несмотря на то, что названные Руководящие принципы не являются нормативным правовым актом и не заменяют собой применимое национальное право или арбитражные регламенты, выбранные сторонами, они получили значительное признание и распространение в практике международного арбитража.

Общий принцип, сформулированный в Руководящих принципах, звучит следующим образом: «*Каждый арбитр должен быть беспристрастным и независимым от сторон на момент выражения согласия на назначение его арбитром и должен оставаться таковым на протяжении всего арбитражного разбирательства до вынесения окончательного решения или окончательного прекращения разбирательства по иным основаниям*».

В правилах не просто определены и конкретизированы критерии независимости арбитров, но и определены механизмы определения наличия у арбитра конфликта интересов из-за оценки сомнения в его независимости. Главным руководящим этическим принципом для каждого арбитра является то, что если арбитр, по своему собственному мнению, не является беспристрастным, этот арбитр должен отказаться от своего назначения. Этот стандарт должен применяться независимо от стадии разбирательства.

Так, правило 2 (c) определяет, что такие «сомнения считаются оправданными, если разумное и информированное третье лицо могло бы прийти к выводу о том, что существует вероятность того, что арбитр может при принятии решения оказаться под влиянием иных факторов, помимо существа дела, как оно представлено сторонами».

Далее в правиле 2 (d) говорится, что «оправданные сомнения в беспристрастности и независимости арбитра неизбежно существуют, если сторона и арбитр тождественны, если арбитр является законным представителем юридического лица, являющегося стороной в арбитражном разбирательстве, или если арбитр имеет значительную финансовую или личную заинтересованность в рассматриваемом споре».

На основании анализа практики арбитражных институций был разработан ориентировочный перечень типовых ситуаций и обстоятельств, которые должны или не должны раскрываться арбитрами при решении вопроса о конфликте интересов. Данный перечень разбит на три

¹⁴⁸ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.iba.net Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже. Введение.

группы. Первый «Красный перечень» состоит из двух частей: «Красный перечень, отказ от применения которого не допускается» и «Красный перечень, отказ от применения которого допускается». Эти Перечни представляют собой неисчерпывающий список конкретных ситуаций, которые, в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела, вызывают обоснованные сомнения в беспристрастности и независимости арбитра, т. е. в данных обстоятельствах имеет место объективный конфликт интересов с точки зрения разумного третьего лица, знающего о соответствующих фактах. Красный Перечень, отказ, от применения которого не допускается, включает в себя ситуации, вытекающие из основополагающего принципа, согласно которому никто не может быть судьей в своем деле. Поэтому раскрытие информации о ситуации не может устранить конфликт. Красный Перечень, отказ, от применения которого допускается, охватывает ситуации, которые являются серьезными, но не в такой степени¹⁴⁹.

«Оранжевый Перечень» представляет собой неисчерпывающий список конкретных ситуаций, которые (в зависимости от обстоятельств конкретного дела), по мнению сторон, могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости арбитра. Таким образом, Оранжевый перечень отражает ситуации, которые предусматривают обязанность арбитра раскрыть информацию о таких ситуациях. Во всех этих ситуациях считается, что стороны согласились с кандидатурой арбитра, если после раскрытия информации не заявлены своевременные возражения.

«Зеленый Перечень» содержит неисчерпывающий список конкретных ситуаций, где, с объективной точки зрения, ни видимости, ни реального конфликта интересов не существует. Следовательно, арбитр не обязан раскрывать информацию о ситуациях, указанных в Зеленом Перечне. По мнению рабочей группы, должно существовать основанное на разумности ограничение раскрытия информации; в некоторых ситуациях объективный критерий должен преобладать над исключительно субъективным критерием «мнения сторон».

Кроме указанных выше Руководящих принципов, существует и практика принятия отдельными арбитражными институциями специальных кодексов этики¹⁵⁰ или правил о беспристрастности и

независимости арбитров. Так, 27 августа 2010 года Приказом Президента ТПП РФ № 39 были утверждены «Правила о беспристрастности и независимости третейских судей» (Правила). Как указывается в самих Правилах, они были разработаны с учетом международного опыта по данному вопросу, в том числе Руководящих принципов Международной ассоциации юристов (IBA) по конфликту интересов в международном арбитраже и других получивших распространение документов международных и национальных профессиональных ассоциаций. Правила определяют общие требования к беспристрастности и независимости третейских судей, обстоятельства, с которыми закон связывает необходимость отказа от принятия полномочий третейского судьи, обязанность по раскрытию соответствующей информации, а также основания для отвода третейского судьи.

Правила были одобрены и рекомендованы к применению Президиумом МКАС при ТПП РФ и Правлением Российского Центра содействия третейскому разбирательству. Непосредственно предусматривается, что они будут использоваться Президентом Торгово-промышленной палаты Российской Федерации при исполнении им своих функций по назначению, отводу и прекращению полномочий арбитров в соответствии с Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже». Правила также рекомендованы к применению ко всем третейским разбирательствам, проводимым на территории Российской Федерации. Немаловажно и то, что Правила также могут быть использованы государственными судами при рассмотрении дел об оспаривании решений третейских судов, а также дел о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, принятых на территории Российской Федерации.

Нарушение арбитром при принятии назначения или в процессе арбитража принципов беспристрастности и независимости является, по сути, единственным универсальным основанием отвода арбитра. Соглашение сторон может содержать индивидуализированные требования к квалификации арбитра, несоответствие которым также может быть основанием отвода арбитра. Стандартная процедура отвода сводится к тому, что при отсутствии иной специальной договоренности (если такая допускается регламентом арбитражного института) сторона, намеревающаяся заявить отвод арбитру, в течение установленного срока после того, как ей стало известно о формировании состава арбитражного суда или о любых обстоятельствах, свидетельствующих об отсутствии беспристрастности или независимости арбитра, в письменном заявлении сообщает арбитражному суду мотивы отвода. Если арбитр, которому заявлен

¹⁴⁹ Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже. Часть II: Практическое применение общих стандартов, п. 2.

¹⁵⁰ Кодексы этики арбитра Сингапурского международного арбитражного центра, Американской арбитражной ассоциации, Каирского регионального центра международного арбитража, Гонконгского международного арбитражного центра и др.

отвод, сам не отказывается от назначения или другая сторона не соглашается с отводом, вопрос об отводе решается арбитражным судом. Как правило, существует еще одна инстанция, к которой можно апеллировать при несогласии стороны с решением арбитражного суда по отводу. Это либо специальный орган арбитражной институции (правление, президиум, президент суда или, например, президент торгово-промышленной палаты), либо государственный суд. При заявлении ему отвода, арбитр может, не признавая отвод обоснованным, заявить о прекращении своего мандата в порядке самоотвода. Само по себе это не является доказательством или свидетельством обоснованности отвода.

Как показывает практика, компетентность арбитра в определенной мере может быть определена тем, насколько серьезно он относится к проверке конфликта интереса и установлены ли какие-либо обстоятельства, которые могли бы стать основанием сомневаться в его беспристрастности и независимости. В этой связи особое значение приобретает раскрытие таких обстоятельств арбитрами, поскольку в последующем, если подобные обстоятельства обнаруживаются самими сторонами, то даже достаточно сомнительные из них, в силу нераскрытия их арбитрами, приобретают совсем иной оттенок.

При этом следует учитывать и то обстоятельство, что отсутствует единый унифицированный стандарт раскрытия информации, с которым можно было бы «сверять» добросовестность арбитра в процессе установления отсутствия конфликта интереса. Обратимся к одному из ставших широко известным примеров¹⁵¹. Своим решением от 2 ноября 2011 года *Reims Court of Appeal* отменил решение, вынесенное Международным арбитражным судом при МТП (МАС) по делу *Avax v. Tecnimont*, по причине нераскрытия арбитром информации по конфликту интересов. В этом решении было несколько интересных с точки зрения практики международного арбитража выводов, мы же остановимся на одном, связанным именно с оценкой обязанностей арбитра по раскрытию информации в отношении конфликта интересов.

Арбитр, а точнее председатель арбитражного суда по указанному спору, на момент его назначения в 2002 году был внештатным советником международной юридической фирмы, имеющей офис в Париже. В заявлении о независимости и беспристрастности, заполняемом при принятии назначения, он раскрыл информацию о том, что офисы фирмы в Вашингтоне и Милане ранее работали с материнской компанией ответчика, фирмой *Tecnimont*, при этом сам арбитр в эти проекты вовлечен не был. В процессе

арбитражного разбирательства в МАС адвокату истца, компании *Avax*, стало известно, что фирма, в которой состоит внештатным советником председатель состава, оказывала услуги компании, позже поглощенной материнской компанией ответчика. С учетом этого *Avax* предпринял попытку отвеси председателя состава, по процедуре МАС в сентябре 2007 года, но она не увенчалась успехом. МАС отклонил отвод, причины не стали публичными, и компания *Avax* продолжила участие в арбитражном разбирательстве с резервированием своих прав в части недоверия к арбитру. 10 декабря 2007 года было вынесено частичное решение, которым была поддержана позиция ответчика, при этом, однако были выявлены и новые обстоятельства о связи между деятельностью юридической фирмы, председателя состава и связанными компаниями *Tecnimont*.

Соответственно, *Avax* обратился с заявлением об отмене указанного частичного решения в Апелляционный суд Парижа (*Paris Court of Appeal*). 12 февраля 2009 года Апелляционный суд Парижа отменил решение и определил, что арбитр находился в длящемся обязательстве в части информирования о любых обстоятельствах, которые могут быть основанием для сомнений в его беспристрастности и независимости. При этом аргумент *Tecnimont* о том, что заявление об отмене недопустимо, поскольку сделано по основаниям, которые были отклонены МАС в процессе отвода арбитра, был отклонен Апелляционным судом Парижа с ссылкой на то, что обстоятельства, послужившие основанием заявления об отмене решения, стали известны *Avax* после отвода арбитра и вынесения частичного решения.

Далее, Кассационный суд (*Cour de cassation*) пересмотрел решение Апелляционного суда, указав, что практически все заявленные основания для отмены частичного решения были предметом рассмотрения во время отвода арбитра в сентябре 2001 года. Поскольку решение Кассационного суда было вынесено по процессуальным вопросам, то дело было передано в *Reims Court of Appeal* для решения непосредственно вопроса о действительности решения. По сути, следовало решить два принципиальных вопроса: 1) может ли пропуск 30-ти дневного срока для отвода арбитра по регламенту МАС исключить право стороны обратиться с заявлением об отмене решения по тем же основаниям; и 2) объем обязанностей арбитра по раскрытию информации в части конфликта интересов. Решения по этим вопросам были приняты следующие.

В отношении влияния сроков, установленных в регламенте МАС для отвода арбитра, *Reims Court of Appeal* решил, что граничный срок,

¹⁵¹ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/25/tecnimont-the-saga-continues-but-is-not-yet-over/>.

установленный в регламенте МАС для отвода арбитра, не препятствует *Anax* обратиться за отменой решения, поскольку заявление об отводе арбитра и ходатайство об отмене арбитражного решения адресованы разным компетентным органам и преследуют различные цели. Более того, решение МАС по своей природе носит административный характер и не имеет преюдиционного значения для суда.

Судьи апелляционного суда отменили арбитражное решение по причине неосуществления председательствующим состава арбитражного суда полного раскрытия информации по конфликту интересов, в частности нераскрытия того, что фирма председателя состава оказывала юридические услуги Теспимонт и связанным с ней компаниям в ходе арбитражного разбирательства. Судьи уделили особое внимание толкованию содержания обязанности по раскрытию информации. В частности, они определили, что лежащее на арбитрах обязательство по раскрытию информации является для нихся, и касается не только раскрытия обстоятельств личного характера, которые могут вызвать сомнения в беспристрастности и независимости арбитра, но и фактических обстоятельств подобного рода, связанных с деятельностью адвокатской фирмы арбитра. Причем в достаточно широком смысле, охватывающем, в том числе, различные офисы фирмы и вопросы, не связанные с арбитражем. Размер гонорара или продолжительность обслуживания не имеют в этой связи значения. По мнению суда, нераскрытие этих обстоятельств порождает обоснованные сомнения в независимости и беспристрастности арбитра.

Это решение, как и ряд других, затрагивает объем обязательства арбитра по исследованию конфликта интереса, и наглядно демонстрирует, что, по крайней мере, во Франции обязанность арбитра по раскрытию трактуется достаточно широко, включая в себя обязательства по раскрытию факта неоднократного назначения стороной, или финансовых отношений между стороной и филиалами юридической компании. Решение суда продемонстрировало и то, что арбитры должны в течение всего арбитражного разбирательства отслеживать обстоятельства, заставляющие сомневаться в их беспристрастности и независимости, а при возникновении таковых обязаны заявить о них сторонам. Данный вывод соответствует и нормам статьи 1456 Гражданского процессуального кодекса Франции, согласно которым арбитр обязан раскрыть любые обстоятельства, которые могут влиять на его независимость или беспристрастность, и, кроме того, должен раскрыть без промедления обстоятельства, которые могут возникнуть и после принятия им мандата.

3. Разрешение споров в сфере международной торговли

Тот факт, что при определении способа разрешения споров во внешнеэкономических контрактах выбор сторонами альтернативного рассмотрения споров, и, прежде всего, международного арбитража, является превалирующим, сегодня бесспорен. Объяснений этому много, но, по-видимому, решающим является то, что международный арбитраж, в отличие от государственного суда любой юрисдикции, не столь связан строгими соображениями публичного характера и обязанностью вершить правосудие. Не уменьшая иных достоинств международного арбитража (конфиденциальность рассмотрения, снижение затрат на рассмотрение спора и времени самого разбирательства, окончательность решения, наличие единственного международного инструмента для приведения решения в исполнение и ряда других), представляется, что именно большая независимость арбитража по отношению к сторонам и вопросам публичного порядка обеспечивает стабильное преимущество данного вида разрешения споров, возникающих в сфере международного коммерческого оборота.

Наличие в международном коммерческом контракте арбитражной оговорки стало стандартной деловой практикой. Подобная практика, как указано выше, имеет под собой несколько принципиальных оснований. Во-первых, решение международного коммерческого арбитража можно исполнить практически по всему миру в соответствии с заранее известными общими принципами благодаря успешной ратификации государствами Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.)¹⁵². Во-вторых, международный коммерческий арбитраж предоставляет, по сути, раритетную возможность влиять на формирование состава арбитража из числа независимых компетентных лиц. И, в-третьих, сама процедура рассмотрения спора в международном коммерческом арбитраже позволяет сторонам максимально реализовать свои права на защиту и, в значительной мере, является унифицированной, тем самым, практически, исключая риски, связанные с участием в судебном разбирательстве в иностранной юрисдикции. О причинах преимущественного использования именно международного коммерческого арбитража как способа разрешения споров достаточно много говорилось в литературе, посвященной этой теме¹⁵³.

¹⁵² Далее по тексту Нью-Йоркская Конвенция.

¹⁵³ См., например: Брунцева Е. В. Международный коммерческий арбитраж. – СПб., 2001. – С. 37–41; Писарев И. Концепция альтернативного разрешения споров в

Как известно, осуществление международного экономического сотрудничества неизбежно связано с возникновением споров между участниками возникающих гражданско-правовых отношений, а следовательно, и с выбором средств их разрешения. Первичным способом устранения разногласий, как правило, становятся переговоры между сторонами. Поэтому не случаен факт, что практически во всех контрактах международного (как, между прочим, и внутреннего) характера предусматривается положение, оговаривающее проведение сторонами переговоров. Однако далеко не всегда в ходе таких переговоров сторонам удается достичь согласия. В случаях, когда урегулирование дружеским путем в силу различных обстоятельств не может быть достигнуто, дальнейший порядок действий сторон устанавливается особыми гражданско-правовыми соглашениями. В подобной ситуации у субъектов отношений, по крайней мере, есть две возможности – обращение в государственный суд той или иной страны либо передача спора на рассмотрение международного арбитража.

При этом следует помнить, что понятие «арбитраж», даже если касаться одной лишь частноправовой сферы, в которой он активно используется, имеет несколько значений.

До настоящего времени правоведы по-разному воспринимают этот термин, а выводы, сделанные учеными еще в первой половине XX века, являются предметом переосмысливания. В мировой науке международного частного права сложилось несколько доктрин (концепций) правовой природы арбитража как третейского суда¹⁵⁴. Специалисты выделяют четыре основных подхода к пониманию природы самого арбитража: договорную, процессуальную, смешанную и автономную¹⁵⁵.

В начале XX в. сформировалась договорная (или консенсуальная) теория правовой природы арбитража, в соответствии с которой арбитражное (третейское) разбирательство дела рассматривается в качестве обычного гражданско-правового договорного отношения. Один из представителей договорной теории В. Хэгер так описывал сущность арбитражного разбирательства: «арбитражное разбирательство

РФ // Хозяйство и право. – 1998. – № 9. – С. 30; Alan Redfern, Martin Hunter. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London, 1991. – P. 26.

¹⁵⁴ Дать комментарий арбитраж – третейский суд.

¹⁵⁵ См., например: Лунц Л. А., Марышева Н. И. Курс международного частного права: Том 3. – М., 1976. – С. 218–219; Арбитражный процесс / Под ред. В. В. Яркова. – М., 1998. – С. 405; Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж. – М., 1965. – С. 22–34.

не подходит под понятие гражданского процесса, ибо предоставление, в силу соглашения сторон, определенным лицам возможности разрешить правовой спор – есть чисто гражданская юридическая сделка, и самий процесс только завершает гражданское правоотношение»¹⁵⁶.

Таким образом, сторонники договорной теории рассматривают разбирательство дела в арбитраже как завершающую стадию в развитии основного спорного материального правоотношения. Иными словами, в результате рассмотрения дела и вынесения решения происходит новация основного правоотношения, ставшего предметом арбитражного разбирательства. Арбитражное соглашение, по мнению последователей этой концепции, является обычным гражданско-правовым договором и порождает для сторон конкретные гражданско-правовые обязательства, в том числе и обязательство подчиниться вынесенному в ходе арбитражного разбирательства решению, в котором выражается воля самих сторон, а пределы его законной силы определяются кругом лиц, подписавших арбитражное соглашение. То есть, и арбитражное соглашение, и арбитражное решение представляют в рамках договорной теории арбитража части единого договора – договора об арбитраже. В рамках договорной теории сформировались два подхода, согласно первому арбитраж и арбитражное решение квалифицируется как особого рода контракт, соглашение, заключенное арбитрами по поручению сторон; а в соответствии со вторым – арбитражное решение квалифицируется как мировое соглашение¹⁵⁷.

В первом случае, арбитры рассматриваются как агенты сторон, а арбитражное решение представляет собой своего рода договор, заключенный по поручению сторон, и исполняется государственным судом так же, как и неисполненный. В настоящее время в некоторых странах (например, Дания, Швеция, страны системы англо-американского общего права) существует исковой порядок приведения иностранного арбитражного решения в исполнение, то есть кредитору по решению требуется предъявлять иск из договора. Компетенция же арбитража в этом случае рассматривается через объем полномочий «представителей сторон» (третейских судей/арбитров) на урегулирование конфликта. Этот подход неоднократно подвергался обоснованной критике. Так, С. Н. Лебедев отмечал, что коренное

¹⁵⁶ Haeger W. Schiedsgerichte fur Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt. B., 1910. – S. 46. Цит. по: Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж. – М., 1965. – С. 23.

¹⁵⁷ См. подробнее: Ануфриева Л. П. Международное частное право. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. – М., 2001. – С. 139–140.

различие между арбитражем и договором поручения заключается в том, что в последнем случае воля поручителя, манданта, возлагается на мандатария, тогда как в первом воля арбитров возлагается на стороны, хотя и с согласия последних¹⁵⁸.

Поскольку мировое соглашение и арбитраж как формы альтернативного разрешения правовых конфликтов направлены на урегулирование спора без обращения к государственному суду, некоторыми представителями договорной теории была выдвинута концепция отождествления арбитражного решения и мирового соглашения. Подвергая ее критике, С. Н. Лебедев отмечал, что при мировой сделке спор разрешается непосредственно самими сторонами и неминуемо путем взаимных уступок, при арбитраже – при посредстве третьих лиц и без взаимных уступок, когда обе стороны добиваются осуществления своих притязаний полностью¹⁵⁹.

Примечательно, однако, что договорная теория правовой природы арбитража послужила основой формирования института разрешения спора сторон арбитрами в качестве «дружеских посредников» (*amiable compositeurs*) и института разрешения спора по справедливости (*ex aequo et bono*).

С прямо противоположных позиций подходят к анализу природы арбитража представители процессуальной теории. Арбитраж, по мнению ее сторонников, является лишь особой формой отправления правосудия. Отправление правосудия – это функция государства, и если последнее разрешает сторонам прибегать к арбитражу и соглашается прекращать в таких случаях деятельность своих судебных учреждений, то это означает, что содержание арбитража заключается в осуществлении публично-правовой функции. Согласно этой теории арбитры, так же как и судьи, неподконтрольны сторонам по договору и независимы от них, а их компетенция, как и компетенция судей государственных судов, согласуется с волей соответствующего суверенного государства, закрепленной в его законодательстве.

Арбитражное соглашение сторонниками процессуальной теории рассматривается в качестве соглашения процессуального характера, направленного на исключение юрисдикции государственного суда (дерогационный эффект). Решение арбитража рассматривается как акт, выражающий властное предписание, акт, имеющий такое же юридическое значение, как и судебное решение. В рамках процессуальной теории также сформировались два основных

¹⁵⁸ Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж. – С. 28.

¹⁵⁹ Там же. – С. 31.

направления. Во-первых, это теория «акта юрисдикции» – судебного решения, содержание которого заключается в том, что перед арбитром стоит задача разрешить спор и вынести по нему решение, рассматриваемое как акт юрисдикции. Второе направление именуется конструкцией «делегирования» и основано на тезисе о том, что источником полномочий арбитров является право государства, в котором проводится арбитражное разбирательство¹⁶⁰.

Основное различие между данными теориями, как отмечает Е. А. Виноградова, заключается в том, что практическое значение договорной теории состоит в решении всех вопросов организации и деятельности третейского суда (арбитража) на базе гражданского права, а процессуальная теория, напротив, ведет к применению по всем вопросам, касающимся третейского суда, процессуального права¹⁶¹.

Внутренние противоречия последователей данных двух концепций (договорной и процессуальной) предопределило возникновение новой теории, вобравшей в себя элементы обеих названных теоретических конструкций – теории смешанной правовой природы третейского суда (теории особого рода – *sui generis*). Несмотря на то, что в той или иной форме некоторые ее концептуальные положения были изложены уже в начале ХХ в., оформление рассматриваемого учения традиционно связывается с докладом Дж. Саиссэ-Холла на 44-й сессии Института международного права в апреле 1952 г.

В нашей стране приверженцами теории смешанной природы арбитража являлись С. Н. Лебедев, А. Д. Кейлин и другие. Сущность теории смешанной природы третейского суда заключается в признании за третейским судом статуса «смешанного института», содержащего элементы договорного порядка по своему генезису и элементы процессуально-правового порядка по своему юрисдикционному характеру. Вопросы действительности арбитражного соглашения, право- и дееспособности сторон, самой возможности проведения арбитража относятся к области договорной (частноправовой) и могут быть разрешены лишь с применением общих положений о договорах. Вместе с тем, собственно арбитражное разбирательство, предъявление исковых требований, вопросы доказательств, процедура разбирательства, вынесение решения, его исполнение и обжалование относятся к области гражданско-процессуальной с соответствующими особенностями,

¹⁶⁰ Ануфриева Л. П. Международное частное право. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. – М., 2001. – С. 139–140, 141.

¹⁶¹ Виноградова Е. А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1994. – С. 20.

присущими арбитражу¹⁶². Согласно теории *sui generis* третейский суд базируется на гражданско-правовом договоре, который влечет процессуальные последствия¹⁶³.

В 60-х гг. XX в. появилась еще одна теория, автором которой является французский ученый Ж. Рюбеллен-Девиши¹⁶⁴. Он и его сторонники полагали, что юридическая природа арбитража может быть определена только с учетом его целей и реальной пользы, т. е. тех гарантий, которые необходимы сторонам, чтобы не обращаться в государственный суд. Арбитраж они рассматривают в качестве института *per se* (сам по себе, по существу), пытаясь выяснить, в чем состоит его деятельность, каковы цели, почему он функционирует именно так, а не иначе. По мнению последователей этой автономной теории, подлинная юридическая природа арбитража заключается в том, что он является оригинальной системой, свободной от договорных и процессуальных элементов, позволяющей обеспечить необходимую быстроту рассмотрения дел и гарантии, на которые претендуют стороны. Автономная теория была разработана для обоснования природы и принципов деятельности именно международного коммерческого арбитража (а не внутреннего третейского разбирательства), выражавшихся в денационализации арбитража, и признания неограниченности автономии воли сторон в выборе правовых и процессуальных норм.

Таким образом, выделяют четыре концепции природы самого арбитража: договорную, процессуальную, смешанную и автономную. Если коротко, то сторонники договорной теории рассматривают арбитраж и арбитражное соглашение исключительно как гражданско-правовую сделку, влекущую последствия частноправового характера. Процессуальная теория делает акцент на том, что арбитраж (и, соответственно, арбитражное соглашение) имеет целью исключить подведомственность спора государственным судам, рассматривая арбитражный (третейский) суд в качестве особой формы правосудия. Сущность смешанной теории арбитража заключается в «признании за

¹⁶² Кейлин А. Д. Судоустройство и гражданский процесс капиталистических государств. Ч. 3. Арбитраж. – М., 1961. – С. 63; Виноградова Е. А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда. – С. 21.

¹⁶³ Виноградова Е. А. Разрешение экономических споров третейским судом // Арбитражный процесс. – М., 2001. – С. 406.

¹⁶⁴ Rubellin-Devichi J. L'arbitrage: nature juridique: droit interne et droit international prive. – P., 1965. О «деоридизации» арбитража и исключении его из сферы права см. также: David R. Arbitrage en droit compare // Revue internationale de droit compare, 1953. – № 1. – P. 15.

ним статуса «смешанного института», содержащего элементы договорного порядка по своему генезису и элементы процессуально-правового порядка по своему юрисдикционному характеру». Сторонники автономной теории рассматривают арбитраж как имеющее самостоятельную правовую природу явление.

То есть, арбитраж, равно как и арбитражное соглашение, сочетает в себе одновременно материально-правовые и процессуально-правовые характеристики. Арбитражное соглашение выступает одновременно как процессуальный и материально-правовой акт. Следует отметить, что такая особенность присуща не только арбитражному соглашению, но ей также обладают, например, мировое соглашение в гражданском и арбитражном процессе, само решение суда и пророгационные соглашения (соглашения, которыми изменяется подсудность, а не подведомственность спора).

Международный арбитраж по своей природе нейтрален и интернационален одновременно, что позволяет подходить к разрешению споров не с точки зрения обеспечения правовой защиты интересов той или иной стороны, а именно с позиции поиска разрешения возникшего между сторонами противоречия или спора. Позволяя сторонам реализовать свою волю в выборе как процедуры разрешения спора, так и применимого права, международный арбитраж одновременно закладывает основу доверия и уважения к принятому им решению.

РОЗГЛЯД СПОРІВ АРБІТРАМИ *EX AEQUO ET BONO* АБО ЯК «ДРУЖНІМИ ПОСЕРЕДНИКАМИ»: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

Черних Ю. С.,
молодший науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Міжнародному комерційному арбітражу властиво багато ознак, які якісно відрізняють його від інших альтернативних способів вирішення спорів. Однією із таких особливостей є можливість розгляду спорів арбітрами *ex aequo et bono* або як «дружніми посередниками».

Актуальність та складність теми зумовлена широкою присутністю інституту *ex aequo et bono* в регламентах провідних арбітражних інститутів, включаючи останні редакції регламентів, та, відповідно,