

30.06.2017 – 06.07.2017, № 25

## ГЛАВНАЯ СТАТЬЯ

### Компетентное мнение

[Арбитражное соглашение и арбитражная оговорка во внешнеэкономических контрактах: используем правильно](#)

[Международный коммерческий арбитраж: практические вопросы](#)

["Слитая" и похищенная хакерами информация: примет ли арбитраж такое доказательство?](#)

[eSports Arbitration – от будущего к реальности](#)

[Украина в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров \(ICSID\)](#)

[Необходимы ли суды для цивилизованного ведения бизнеса: пример Центра ВОИС по арбитражу и посредничеству](#)

### Судебный взгляд

[Концепция отказа от права на возражение против нарушений в ходе арбитражного рассмотрения в судебной практике](#)

[Как "оговорка" может решить исход дела](#)

### Актуально

[Эффективность арбитражных решений: актуальные законопроекты](#)

[Признание и исполнение арбитражных решений в Украине: проблемы и перспективы](#)

[\(Не\)Содействие международному арбитражу: перспективы процессуальных изменений](#)

## Действительная и эффективная арбитражная оговорка. Глобальные вызовы

Вероятно, действительность и эффективность арбитражной оговорки имеют наибольшую практическую важность для международного арбитражного процесса, поскольку лежат в основе арбитража как такового.

Арбитражная оговорка – ясное намерение освободиться от влияния национальной судебной системы. Этого можно достичь, в том числе сославшись в соглашении на стандартную форму договора, включающую арбитражную оговорку<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См. примеры случаев признания инкорпорации оговорки методом отсылочной нормы, в частности, *Stretford v Football Association Ltd and another* [2007] EWCA Civ 238 и *Sumukan Ltd v The Commonwealth Secretariat* [2007] All ER (D) 341.

## Действительность vs эффективность

В первую очередь необходимо отличать действительность арбитражной оговорки от ее эффективности.

В то время как понятие действительности отвечает на вопрос, существует ли юридически допустимая

и подлежащая исполнению арбитражная оговорка, понятие эффективности оговорки больше относится к вопросам о возможности ее результативного использования и исполнения. Арбитражная оговорка может быть действительной, но при этом не всегда эффективной.

Предлагаем отдельно рассмотреть понятия действительности и эффективности.

Что касается действительности, то следует различать формальную и материальную действительность<sup>2</sup>, поскольку обе играют фундаментальную роль в применимости арбитражной оговорки для проарбитражного подхода<sup>3</sup>. Кроме того, ниже рассмотрим, какие еще существуют важные характеристики соглашения сторон об арбитраже. А в конце обратимся к вопросам об эффективности в рамках оговорки для проарбитражного подхода<sup>4</sup>.

Кроме того, рассмотрим, какие еще существуют важные характеристики соглашения сторон в рамках режима арбитражного спора.

---

<sup>2</sup> Julian Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause".

<sup>3</sup> Gary B. Born, "International Commercial Arbitration" (Second Edition), par. 5–02, p. 657.

<sup>4</sup> Gary B. Born, "International Commercial Arbitration" (Second Edition), par. 5–02, p. 657.

## Действительность арбитражной оговорки

### Формальная действительность

#### 1. "Письменная форма", дополненная "подписью" и/или "обменом" сообщениями<sup>5</sup>

Основные источники регулирования формального требования письменной формы приведены в ряде международных и национальных правил<sup>6</sup>. Первые документы, к которым стоит обратиться, – ч. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее – Нью-Йоркская конвенция) и ч. 2 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 года с учетом поправок по либерализации 2006 года (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ)<sup>7</sup>.

Первоначально в основе требований к письменной форме оговорки на момент их составления лежало наличие указания на согласие сторон и соответствующее подтверждение для установления юрисдикции арбитража.

Тем не менее я полностью поддерживаю критику<sup>8</sup> устаревших требований Нью-Йоркской конвенции<sup>9</sup> в отношении письменной формы, которая явно отстает от изменений, внесенных в поправки к Типовому закону ЮНСИТРАЛ в 2006 году и в национальные законодательства многих стран мира, допускающих арбитражную оговорку в устной или молчаливо принятой<sup>10</sup> форме.

Стороны по всему миру заключают многомиллионные соглашения в устной форме. Почему аналогичный принцип нельзя применить к арбитражному соглашению при наличии достаточных подтверждений? В этой связи стоит отметить, что при определенных обстоятельствах поведение стороны может заменить соблюдение формальных письменных требований<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibid, p. 656.

<sup>6</sup> Lew, Mistelis, Kroll, "Comparative International Commercial Arbitration", par. 7–6, p. 131.

<sup>7</sup> *Нью-Йоркская конвенция* дает очень узкое определение, неспособное предвидеть развитие инструментов коммуникации. В то же время *Типовой закон ЮНСИТРАЛ* делает шаг вперед, предоставляя более широкое определение, позволяющее использовать современные средства связи и учет доказательств соглашения, и, наконец, в версии 2006 года *Типовой закон ЮНСИТРАЛ* практически разрешает устное соглашение.

<sup>8</sup> Kaplan, "Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with the Commercial Practice?".

<sup>9</sup> Необходимо признать проблемы, связанные с изменениями в любой части *Нью-Йоркской конвенции*, и содействовать изменениям в национальных законодательствах и более либеральному подходу при рассмотрении требований *Нью-Йоркской конвенции* относительно письменной формы во время процедуры принудительного исполнения решений.

<sup>10</sup> Среди государств, признающих устную форму арбитражного соглашения либо формально, либо фактически: Франция, Новая Зеландия, Швеция, Шотландия, Сингапур, Гонконг. Германия допускает молчаливое согласие, если не представлены никакие возражения. Швейцария предоставляет уникальное правило, конкретно касающееся вопроса действительности, требующего подтверждения соглашения текстом. Английский Закон об арбитраже 1996 года допускает определенные категории устных соглашений.

<sup>11</sup> В деле *Compagnie de Navigation et Transport SA v Mediterranean Shipping, Tribunal Federal 1995* Швейцарский трибунал прибегнул к доктрине эстоппеля и добросовестности, когда согласие было подтверждено поведением сторон в прошлом.

## **Материальная действительность**

В целом вопросы материальной действительности имеют очень важное значение, поскольку становятся причиной множества споров относительно применимого права<sup>12</sup> в арбитражном соглашении. В глобальном масштабе вопросы материальной действительности имеют очень важное значение, поскольку становятся причиной множества проблем арбитражного соглашения<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Например, мошенничество, ошибка, frustration, невозможность исполнения, отказ.

<sup>13</sup> Например, мошенничество, ошибка, frustration, невозможность исполнения, отказ.

## **2. Соблюдение международных конвенций**

Все основные конвенции<sup>14</sup> рассматривают арбитражные соглашения как действительные и подлежащие исполнению по умолчанию, кроме случаев, когда оговорка "недействительна"<sup>15</sup>, "утратила силу"<sup>16</sup> или "не может быть исполнена"<sup>17</sup><sup>18</sup>. Европейские и межамериканские конвенции также ссылаются на "отсутствие" арбитражной оговорки в случаях, если не было явно выраженного согласия сторон.

---

<sup>14</sup> Ст. II *Нью-Йоркской конвенции*, ст. I *Межамериканской конвенции о международном коммерческом арбитраже* и менее четко в ч. I ст. II, ст. ст. IV и V *Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже* (далее – *Европейская конвенция*).

<sup>15</sup> Случаи, в которых арбитражное соглашение было дефектным или недействительным с самого начала, – мошенничество, недобросовестность, незаконность и ошибка.

<sup>16</sup> Случаи, когда соглашение было действительным, но впоследствии утратило силу.

<sup>17</sup> Случаи, когда стороны договорились о процедуре, которую физически или юридически невозможно исполнить.

<sup>18</sup> См. ч. ч. 1 и 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции в русской редакции, ст. 7, ч. 1 ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

### 3. Соблюдение национального законодательства

В большинстве национальных законодательных актов отсутствуют специальные предписания относительно недействительности арбитражных соглашений (за исключением случаев, предусмотренных международными конвенциями<sup>19</sup>), и они по общему правилу регулируются применимым правом договора<sup>20</sup> (правом места арбитража – *lex arbitri* либо правом, применимым к договору<sup>21</sup>). Бремя доказывания в таких случаях обычно лежит на оспаривающей стороне<sup>22</sup>. В качестве примера применения этих критериев – арбитражное соглашение может стать "недействительным" в связи с существенным нарушением контракта одной из сторон<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Стоит отметить, что *Типовой закон ЮНСИТРАЛ* не содержит положений о материальной действительности.

<sup>20</sup> Национальные суды, занимающиеся вопросами действительности арбитражной оговорки, обычно рассматривают арбитражное соглашение относительно мошенничества, ошибки, принуждения, отсутствия рассмотрения, недобросовестности, невозможности исполнения и непредвиденных обстоятельств в отношении материальной действительности международных арбитражных соглашений.

<sup>21</sup> Gary B. Born, "International Commercial Arbitration" (Second Edition), par. 4.04, p. 472.

<sup>22</sup> *Ibid*, p. § 5.06 (2), p. 844–845.

<sup>23</sup> См. *Downing v Al Tameer Establishment & Anor. [2002] EWCA Civ 721*.

### 4. Отсылки к стандартным условиям

Как правило, арбитражная оговорка может быть включена в стандартные или общие условия договора либо в том же документе (на обратной стороне), либо в отдельном документе. В таком случае стороны должны либо иметь доступ к документу, либо отдельно на него ссылаться – инкорпорация путем отсылки. Арбитражная оговорка также может считаться действительной, если была инкорпорирована третьими лицами, например, в коносаменте, включающем условия чартер-партии<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Lew, Mistelis, Kroll, "Comparative International Commercial Arbitration", par. 7–37, 7–43, p. 144–145.

### 5. Полномочия заключать договор. Согласие. Передача права

Правоспособность сторон следует из применимого к сторонам<sup>25</sup> права<sup>26</sup>, поскольку ни одна из конвенций не устанавливает правовые нормы в этом отношении<sup>27</sup>. Нью-Йоркская и Европейская конвенции рассматривают этот вопрос только косвенно и в общих чертах<sup>28</sup>.

Несмотря на то, что в некоторых (контролируемых) экономиках могут существовать определенные ограничения в рамках национального законодательства<sup>29</sup>, в большинстве случаев трибуналы применяют проарбитражный подход. Чаще всего трибуналы признают действительность арбитражного соглашения, полагаясь на принципы "estoppel", ратификации и добросовестности<sup>30</sup>.

Некоторые арбитражные трибуналы<sup>31</sup> применяют практику "продления" арбитражной оговорки на материнские и дочерние компании, несмотря на отсутствие официального подписания договора. Стоит также отметить, что возможна переуступка<sup>32</sup> арбитражной оговорки, если такая возможность не исключена сторонами и если не начался процесс арбитражного производства<sup>33</sup>.

---

<sup>25</sup> Lew, Mistelis, Kroll, "Comparative International Commercial Arbitration", par. 7–33, p. 140.

<sup>26</sup> Либо местонахождение стороны, либо применимое к арбитражному соглашению право.

<sup>27</sup> Gary B. Born, "International Commercial Arbitration" (Second Edition), par. 5–023, p. 721.

<sup>28</sup> *Нью-Йоркская конвенция* предусматривает непризнание арбитражного соглашения относительно полномочий заключать договор только в том случае, если оно "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено". *Европейская конвенция* предусматривает, что суды должны рассмотреть правомочность сторон в соответствии с применимым законодательством.

<sup>29</sup> Когда требуется лицензия, существует ограничение в доверенности, отсутствует надлежащее разрешение лица, подписавшего соглашение, и т. д.

<sup>30</sup> Промежуточное решение Международного арбитражного суда МТП по делу № 5065, 114 J.D.I. (Clunet) 1039, 1043 (1987) ("in accordance with general principles of international commercial law, usages and...good faith, ...the existing entity is personally bound."); Balen v. Holland Am. Line Inc., 583 F.3d 647, 655 (9th Cir. 2009) (моряк был связан арбитражным положением в коллективном договоре, несмотря на то, что соглашение было подписано агентством по трудоустройству от имени работодателя).

<sup>31</sup> Дело МТП № 5721 (1990), 117 Clunet (1990).

<sup>32</sup> Lew, Mistelis, Kroll, "Comparative International Commercial Arbitration", par. 7–52 – 7–57, p. 147.

<sup>33</sup> Merkin, Arbitration Act, par. 2–33, 2–37.

## **Другие существенные характеристики действительной арбитражной оговорки**

### **6. Арбитрабельность**

Доктрина неарбитрабельности существенно отличается от материальной действительности, ограничивая, в частности, право сторон на арбитражное рассмотрение определенных видов споров <sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Например, относительно земли, собственности, конкуренции и т. д. Последний проект Хозяйственного кодекса Украины должен рассматривать споры, возникающие в результате приватизации государственного имущества, как неарбитрабельные.

### **7. Делимость, или "сепарабельность" соглашения**

Как правило, согласие, данное сторонами контракта, не обязательно означает согласие на арбитражную оговорку. Главный вопрос состоит в том, действительно ли стороны пришли к согласию в вопросе арбитража.

## **Эффективность арбитражной оговорки**

Как правило, существуют три <sup>35</sup> основных критерия эффективности оговорки <sup>36</sup>:

- (1) согласие "арбитрароваться";
- (2) объем компетенции арбитража; и
- (3) окончательность.

---

<sup>35</sup> В этом отношении важное значение также имеют требования к арбитражной оговорке, отмеченные Айземанном, о том, что она должна осуществляться надлежащим образом:

(1) имеют обязательные последствия; (2) исключать вмешательство государственных судов; (3) давать полномочия арбитрам; и (4) ввести процедуру, обеспечивающую исполнение решения.

Арбитражная оговорка может считаться дефектной или патологической, если она отклоняется от любого из четырех вышеуказанных элементов. Последствия сильно разнятся в зависимости от уровня отклонения. Г-н Айземанн ввел термин "патологические оговорки" в "La clause d'arbitrage pathologique" в труде "Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli" (Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974).

<sup>36</sup> Lew, Mistelis, Kroll, "Comparative International Commercial Arbitration", par. 8–9, p. 167.

### Согласие "арбитражиться"

Достаточно ясное требование, предусматривающее намерение сторон рассматривать спор в арбитраже, а не посредством судебного разбирательства. Арбитраж в таком случае является единственным <sup>37</sup> форумом для разрешения споров.

---

<sup>37</sup> В моей практике был спор, в котором арбитражная оговорка разрешала решение спора либо в арбитраже в Украине, либо в судебном порядке в России в зависимости от того, какая сторона является истцом (российская или украинская). Обе стороны обратились к соответствующему форуму – одному в Украине и другому в России. Украинский арбитраж отказался от юрисдикции в соответствии с принципом *kompetenz-kompetenz*, поскольку российская сторона первой подала иск.

### Объем компетенции арбитража

Фундаментальной проблемой при рассмотрении эффективности арбитражной оговорки является вопрос о том, распространяется ли формулировка <sup>38</sup> соглашения сторон на все договорные (или недоговорные, например, деликтные) требования, делая его предметом арбитражного рассмотрения, или только на ограниченный перечень требований. В настоящее время в большинстве юрисдикций в этом отношении придерживаются проарбитражного подхода.

В широкой формулировке оговорки предусматриваются "все" или "любые" претензии, подлежащие рассмотрению арбитражем. Более узкая формулировка может привести к последствиям, когда правонарушения и другие неконтрактные претензии признаются неприводящими к арбитражу. Однако недавнее решение Палаты лордов по делу *Premium Nafta v Fili* <sup>39</sup> сделало этот вопрос менее актуальным. Если нет ясного противоречия этому, то нелогично полагать, что стороны намеревались "делить" юрисдикцию <sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Типовые оговорки, рекомендуемые учреждениями, существенно разнятся в отношении формулировок, предлагающих "все" или "любые"; "споры", "разногласия" или "тяжбы"; "относящихся к" или "в связи с"; и т. п.

<sup>39</sup> <https://www.lw.com/thoughtLeadership/construction-of-arbitration-clauses-under-english-law>.

<sup>40</sup> Lew, Mistelis, Kroll, "Comparative International Commercial Arbitration", par. 7–67, p. 153.

В принципе, в этом есть намерение избежать формалистического подхода. Лорд Хоффманн в этом деле сначала рассмотрел условия стандартной арбитражной оговорки "Shelltime 4 Form", поскольку "только из соглашения можно узнать, какие споры стороны намеревались рассматривать в

*арбитраже*". Исходная позиция в структуре арбитражной оговорки должна состоять в том, что разумные торговцы предполагают, что все споры, следующие из данного соглашения, будут разрешаться одним и тем же трибуналом. Такое предположение должно применяться, если в договоре явно не говорится об обратном.

Лорд Хоффманн отказался подробно рассматривать обширную практику формулировок, используемых в арбитражных оговорках, – "возникающих из-за" или "следующих из". Он согласился с Апелляционным судом в том, что *"наступило время провести черту под существующими на сегодняшний день прецедентами и сделать перезагрузку"*.

Лорд Хоуп Крейгхед в своем заключении подтвердил этот подход, в частности, в контексте международной торговли. *"Это мнение согласуется с подходом, принятым в других юрисдикциях. Лорд Хоффманн привел решение Федерального верховного суда Германии 1970 года, а лорд Хоуп Крейгхед, ссылаясь на решения судов Соединенных Штатов и Австралии, пришел к выводу, что положения об арбитраже следует толковать как можно шире и предотвращать другие процессы в альтернативных форумах"*.

### Окончателность решения арбитража

Для быстрого и эффективного арбитражного рассмотрения дела очень важно письменное указание на то, что решение арбитража является окончательным по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, – "one stop forum". Все же следует обратить внимание на национальные законы, которые в большинстве случаев допускают ограниченные права на апелляцию. Например, английский Закон об арбитраже 1996 года предоставляет сторонам право обжаловать решение либо по вопросам серьезных нарушений (статья 68), либо по вопросам права (статья 69). Последнее невозможно, если институциональные правила подтверждают, что решение является окончательным и обязательным для исполнения, например, в арбитражах LCIA или ICC. Раздел 68 является обязательным положением, то есть стороны не могут исключить возможность оспаривания процессуального нарушения.

### Другие важные рекомендации

Многие практикующие юристы и юридические ассоциации <sup>41</sup> предоставляют целый ряд рекомендаций по этому поводу. Изложим основные из них:

---

<sup>41</sup> Например: Hoggan Lovells; Clyde and Co.; Freshfields; IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clause.

#### 1. Выбор между *ad hoc* и институциональным арбитражем

В институциональных арбитражах, как правило, за определенную плату предоставляется вся необходимая помощь, существуют правила и процедуры, дополнительные службы и т. д., в отличие от арбитража *ad hoc*, где стороны несут полную ответственность за проведение арбитража, что иногда приводит к многочисленным спорам о процедуре.

#### 2. Место арбитражного разбирательства

Выбор места может влиять на применимое к арбитражу право и на то, суды какой юрисдикции будут оказывать помощь и/или поддерживать процесс. Настоятельно рекомендуется выбирать дружественные к арбитражу юрисдикции.

#### 3. Арбитры/трибунал

Обычно назначается один или три арбитра <sup>42</sup>. Таким образом, стоимость арбитража может сильно

различаться в зависимости от количества арбитров, поскольку стороны оплачивают их услуги. Назначение арбитра зависит от соглашения сторон или применимых правил.

---

<sup>42</sup> Для сравнения: по правилам GAFTA и FOSFA в апелляционной процедуре принимают участие 5 арбитров.

#### 4. Язык, процедура, график, стоимость, конфиденциальность

Все эти моменты также стоит согласовать на начальном этапе. Обычно это зависит от применимых правил арбитража или от соглашения сторон, достигнутого до или во время разбирательства. Этот момент особенно важен, если стороны говорят на разных языках.

#### Многосторонний арбитраж

В случае участия более двух сторон арбитражная оговорка должна предусматривать возможность многостороннего арбитража. Ключевой проблемой являются управление процедурой (например, обмен объяснениями или устные слушания) и порядок назначения трибунала.

### Выводы

Существует различие между формальной действительностью арбитражного соглашения и критериями, делающими оговорку эффективной. Большинство судов из дружественных к арбитражу юрисдикций, конечно же, интерпретируют оговорку в проарбитражном порядке.

После подписания соглашения о передаче спора в арбитраж стороны могут потратить еще много времени и денег, пытаясь определить конкретный порядок и процедуру рассмотрения спора. Следовательно, важна не только действительность арбитражной оговорки, но и ее эффективность.

Решающее значение имеет формальная действительность оговорки, включая требование о том, что арбитражное соглашение должно быть подписано в письменной форме, правда, с учетом современных взглядов, описанных выше. Остальная часть критериев отвечает за эффективность арбитражного соглашения.

У большинства международных арбитражных учреждений имеются типовые оговорки, в которых кратко описаны основные вопросы и ответы. Арбитражная оговорка не должна быть длинной и детализированной, если она достаточно ясно и точно устанавливает намерения сторон. Большинство "юристов-арбитражников" подтвердят, какие возможности раскрываются для оспаривания арбитражного решения при чрезмерной детализированности арбитражной оговорки.

**Иван Касынюк,  
партнер  
AGA Partners**







© ООО «Информационно-аналитический центр «ЛИГА», 2017.

© ООО «ЛИГА ЗАКОН», 2017.

© ТОВ "Інформаційно-аналітичний центр "ЛІГА", 2017

© ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2017

