



МАТЕРИАЛЫ

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

**Киев
2015**

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

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

13 ноября 2014 года

Киев 2015

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

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

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

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

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

© Коллектив авторов, 2015
© МКАС при ТПП Украины, 2015

О Г Л А В Л Е Н И Е

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

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

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ МНОГОУРОВНЕВЫХ ОГОВОРОК О РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ. ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ ПЕРЕГОВОРОВ, МЕДИАЦИИ, АДЪЮДИКАЦИИ

*Пильков Константин (Украина),
адвокат, партнер ЮФ «Cai & Lenard»*

Арбитраж – это признанный в международной деловой практике механизм разрешения споров. Он имеет массу преимуществ перед национальными судебными процессами. Он настолько удобен, что ... среди юридических терминов найдется как минимум с полдюжины таких, которые обозначают способ всячески избежать обращения в арбитраж. Многоуровневые (*multi-tiered clauses*), эскалационные оговорки (*escalation clauses*), «свадебный торт» (*Wedding Cake clause*) – все это понятия, обозначающие приблизительно одно и то же, а именно, соглашение о последовательном использовании разных способов разрешения спора.

«Слои» в этом «свадебном торте» часто располагаются в порядке усложнения процедуры и возникновения необходимости вовлечения в процесс урегулирования третьего лица:

- переговоры;
- медиация либо заключение экспертов;
- арбитраж.

Возможна оговорка, предусматривающая несколько раундов переговоров на разных уровнях: менеджеров, старших менеджеров и, наконец, глав компаний. Эскалация, то есть поднятие на более высокий уровень попыток разрешить противоречие, указывает на принятое в практике название для такой оговорки – эскалационная.

В Украине суды в большинстве случаев имеют дело не со свадебными тортами (переговоры + медиация либо адьюдикация + арбитраж), а с двухслойными коврижками (переговоры + арбитраж). Речь идет о включении в раздел о порядке урегулирования споров положения о том, что любые разногласия стороны решают путем переговоров. Внесение этого положения в договор происходит почти автоматически, как и пунктов в разделе «Разное», которые вносятся на всякий случай, а также, чтобы договор был солиднее в объеме, а не на две страницы. С юридической точки зрения эта распространенная в украинских ВЭД контрактах формула – «*стороны решают любые споры, возникающие между ними, путем переговоров*» – лишена смысла, поскольку ни к чему стороны не обязывает. Кроме того, даже в отсутствие этого пункта сторонам ничего не мешает провести переговоры.

Поскольку положение о переговорах традиционно предшествует арбитражному соглашению или положениям о судебном порядке разрешения спора, то и считается оно доарбитражным или досудебным урегулированием. Однако с понятием «досудебное урегулирование» в сознании отечественного юриста часто ассоциируется тот досудебный порядок урегулирования споров, который предусмотрен Хозяйственным и Хозяйственным процессуальным кодексами Украины и сводится

к направлению претензии. Обязательным направлением претензии считалось в тех случаях, когда это прямо предусмотрено законом или договором. Такое узкое понимание досудебного урегулирования привело к простой, но безопасной технике – если в договоре что-то сказано о переговорах, перед подачей иска в суд или обращением в арбитраж нужно направить претензию и подождать. Если ответ не получен, переговоры не состоялись. Получен неудовлетворительный ответ – переговоры не привели к разрешению спора.

Вот на таких основах и стоит современное понимание судами досудебного урегулирования, а по аналогии с ним – доарбитражного урегулирования. По крайней мере такое мнение складывается после анализа судебных решений, в которых поднимался вопрос о соблюдении этого порядка. В течение последних двух лет судебная практика в вопросе об обязательности досудебного урегулирования изменилась радикально, изменилось направление, но не фундамент. Если в 2011-2012 годах имели место случаи отказа в предоставлении согласия на принудительное исполнение арбитражного решения в связи с нарушением доарбитражного порядка урегулирования, то с 2013 года таких случаев практически не наблюдается. Спустя десять лет после своего принятия «добралось» и до практики рассмотрения дел, связанных с арбитражем, Решение Конституционного Суда Украины от 9 июля 2002 № 15-рп/2002 по делу по конституционному обращению общества с ограниченной ответственностью «Торговый дом»Кампус Коттон клуб» относительно официального толкования положения части второй статьи 124 Конституции Украины относительно распространения юрисдикции судов на все правоотношения, возникающие в государстве (дело о досудебном урегулировании споров). В этом решении суд указал, что право лица (гражданина Украины, иностранца, лица без гражданства, юридического лица) на обращение в суд за разрешением спора не может быть ограничено законом, другими нормативно-правовыми актами, а установление законом или договором досудебного урегулирования спора по волеизъявлению субъектов правоотношений не является ограничением юрисдикции судов и права на судебную защиту. Из этого в 2013 году Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел в знаменитом для формирования практики решении по делу «Волгабурмаш» пришел к выводу, что *«не проведение переговоров, которые оговорены сторонами в соответствии с положением контракта об обязательном проведении переговоров в случае возникновения противоречий, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением обязательств по контракту, не является препятствием для обращения в суд для защиты своего права»*. На этом основании суд пришел к выводу, что арбитражное решение должно быть допущено к исполнению, несмотря на то, в арбитраж сторона обратилась без проведения доарбитражных переговоров.

Несмотря на то, что такую практику можно считать проарбитражной, она совершенно выбивается из ряда, в котором стоят подходы в традиционных дружественных арбитражах юрисдикциях. И дело здесь не в разных правовых системах, а в глубине понимания самого явления альтернативного разрешения споров. В практике английских и американских судов, а также в практике Федерального суда Швейцарии, в которой мы можем видеть действительно глубокое отношение к этой

проблеме, подходы совсем иные. Они отличаются также и между собой, как нам кажется, по критерию, который положен в основу оценки соглашения об урегулировании спора:

1. Критерий определенности процедуры. Предусмотренное в договоре обязательство сторон добросовестно искать пути решения спора – это не обязательство, поскольку оно совершенно размыто. Применение этого критерия особенно четко прослеживается в английской практике. Признавая невозможность принудительного исполнения «договора договариваться» в деле *Channel Tunnel* (1993) и *Halifax Financial Services v Intuitive Systems* (1999), а позже указывая на четкость процедуры урегулирования как обязательное условие исполнимости соглашения (*Cable & Wireless v IBM* (2002), *Sulamerica* (2012), *Grant Thornton* (2012)) английский суд применял именно этот критерий как ключевой. Развитие медиации, активная работа центров оказания услуг по альтернативному разрешению споров, вероятно, способствовали распространению веры в процедуру.

2. Критерий связи с арбитражем. Особое значение этому критерию придают в практике судов США. Словесные формулы оговорки могут возлагать на стороны обязанность стремиться к достижению урегулирования споров на переговорах, и в этом случае, скорее всего, мы будем иметь дело с условием, неисполнение которого не является препятствием ни для обращения в арбитраж, ни для принятия арбитражного решения и, соответственно, для его принудительного исполнения. Однако оговорка может содержать и более обязывающие формулировки и в таком случае ее выполнение может рассматриваться в качестве процессуального требования или необходимого процессуального шага, без которого арбитраж не может принять решение. Тем не менее, даже здесь невыполнение условия о доарбитражном урегулировании не является препятствием для обращения в арбитраж, если допустимо будет в арбитраже сделать попытку урегулирования. Другими словами, если стороны договорились об «...окончательном разрешении спора в арбитраже в случае не достижения урегулирования ...» по результатам применения определенной процедуры, ее применение возможно и после обращения в арбитраж путем предоставления сторонам возможности прийти к согласию. Третью категорию составляют оговорки, в которых обращение в арбитраж не допускается до окончания доарбитражных процедур, прохождение которых является необходимым условием (*condition precedent*) для «запуска» (*triggering*) арбитражной процедуры. Такая оговорка понимается как отказ от обращения в арбитраж до выполнения определенных условий и описывается латинской формулой «*factum de non petendo*». Это явное препятствие не только для того, чтобы арбитры приняли решение по делу, но и для инициирования арбитража.

3. Критерий оценки эффективности. Два предыдущих критерия были в большей степени статичны в том смысле, что их применение основывалось на анализе соглашения. Однако если сторона требует отмены или отказа в допуске к принудительному исполнению арбитражного решения на том основании, что стороны не выполнили условия о доарбитражном урегулировании, суд может оценить, насколько обращение к таким средствам могло способствовать эффективному разрешению спора. Этот критерий выходит за пределы оценки самой процедуры как та-

ковой. То есть речь не идет только о том, чтобы определить, что, например, простое упоминание о поэтапных переговорах на трех уровнях управленческой вертикали каждой из сторон без указания хотя бы сроков для каждого этапа не эффективно. Вопрос в данном случае ставится о том, насколько выполнение согласованного порядка в конкретных условиях могло бы привести к разрешению спора. Так, Федеральный суд Швейцарии в решении, опубликованном 20 августа 2014 года (само решение было принято 7 июля 2014 года, дело № 4A_124/2014) рассмотрел вопрос обязательности доарбитражного рассмотрения советом по разрешению споров (*dispute adjudication board – DAB*) в соответствии с Условиями контрактов ФИДИК (*FIDIC*). Арбитры в этом споре признали свою компетенцию и не видели препятствий для рассмотрения дела. Они основывались на грамматических деталях оговорки о разрешении споров, а именно на том, что стороны договорились о доарбитражном урегулировании в категориях «*may*» («могут»), а не «*shall*» («должны»), сделав тем самым условие не обязательным. Федеральный суд арбитражное решение не отменил, но и с аргументом не согласился. По его мнению, обязательность соглашения сомнений не вызвала, а вот эффективность была под вопросом. Смысл формирования DAB в строительных проектах состоит в том, чтобы не создавать угрозу срыва проекта и урегулировать споры оперативно. А в ситуации, когда проект завершен, да к тому же с момента первой попытки сформировать совет прошло 15 месяцев при 84-дневном сроке на принятие советом решения, можно утверждать, что дальнейшая задержка в обращении в арбитраж не содействовала бы эффективному разрешению спора. Отметим, что суд здесь оценивает эффективность не как некая контрольная инстанция, а в аспекте сопоставления заложенного в соглашение намерения сторон достичь урегулирования без обращения в суд или арбитраж (а, соответственно, более эффективным путем, чем это возможно с помощью последних механизмов) и полученного результата.

Заметим, как далеко от применения какого-либо из перечисленных выше подходов отстоит украинская судебная практика, в основу которой в решении проблемы обязательности оговорки поставлено одно из представлений о том, ограничивается ли право на судебную защиту обязательностью внесудебного урегулирования или нет. Основываться на таком принципе не очень-то подходит для ответа на вопрос о том, могут ли стороны предусмотреть обязательные досудебные меры урегулирования. А для решения об обязательности доарбитражных мер этот принцип вообще не подходит ввиду самой природы арбитража как способа разрешения споров, о котором стороны договариваются так же, как и о применении других альтернатив. Так же далеко от описанных выше подходов отстоят и известные случаи, в которых, наоборот, договоренность о доарбитражном урегулировании признавалась обязательной. Формальное признание права сторон установить доарбитражный порядок урегулирования без анализа того, насколько его неисполнение действительно препятствовало разрешению спора в арбитраже, а соблюдение было возможным и эффективным, не способствует развитию ни арбитража, ни альтернативных способов разрешения споров.

Ситуация может измениться с законодательным оформлением медиации и дальнейшим развитием практики обращения к услугам центров оказания услуг по

альтернативному урегулированию споров. Когда вместо привычного положения о переговорах суды увидят в контрактах ссылки на регламенты согласительных процедур или медиации, «вера в процедуру» (первый из перечисленных выше критериев) и ясная аналогия со ссылками на арбитражные регламенты поспособствует признанию обязательности условий о доарбитражном урегулировании. Это процесс эволюционный и, на самом деле, не требующий законодательного урегулирования. Кстати, даже сейчас украинская судебная практика является заложником только собственных толкований закона. Пенять на то, что это Конституционный Суд Украины так растолковал Конституцию, нет нужды. В решении Конституционного Суда есть две важные идеи: *«Право на судебную защиту не лишает субъектов правоотношений возможности досудебного урегулирования споров. Это может быть предусмотрено гражданско-правовым договором, когда субъекты правоотношений добровольно выбирают средство защиты их прав»* и *«Установление законом или договором досудебного урегулирования спора по волеизъявлению субъектов правоотношений не является ограничением юрисдикции судов и права на судебную защиту»*. И пусть Конституционный Суд не обмолвился и словом об обязательстве сторон действовать в соответствии с согласованным ими порядком урегулирования споров (суд толковал Конституцию в аспекте права на судебную защиту, а не гражданско-правовой принцип обязательности договора), уже данного им толкования достаточно, чтобы выровнять судебную практику. А тем временем юристы, составляющие оговорки о разрешении споров уже учитывают в работе упомянутые выше подходы, анализируя четкость процедуры и тщательно подбирая формулировки, указывающие на обязательность такого урегулирования. Изданные Международной ассоциацией юристов Руководящие принципы по составлению международных арбитражных оговорок очень в этом помогают. Арбитражная практика, надеемся, также отойдет от требования представить для продолжения арбитражного рассмотрения доказательства выполнения условия о досудебном урегулировании вне зависимости от содержания оговорки. Конечно, арбитражные суды проявляют почти отеческую заботу, обращая внимание истца на необходимость соблюдения доарбитражного порядка урегулирования. Действительно, лучше изначально получить формальные доказательства попытки разрешить спор и снова обратиться в арбитраж, нежели потом столкнуться с риском отмены арбитражного решения или отказа в его допуске к принудительному исполнению. И все же это будет шаг вперед в направлении повышения эффективности разрешения споров в международной торговле, если арбитраж отойдет от практики отказов в принятии исков к рассмотрению на основании несоблюдения порядка доарбитражного урегулирования, если он (порядок), конечно, не был закреплен достаточно определенно, а условие о его выполнении не являлось необходимым условием для самого обращения в арбитраж.

Научно-практическое издание

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

Сборник докладов

Над выпуском работали:

*Селивон Н.Ф.,
Захарченко Т.Г.
Даценко К.О.*

Компьютерная верстка:

Родак Р.С.

Подписано к печати 28.04.2015. Формат 70x100/16.
Гарн. Times New Roman. Усл. печ. л. 11,7.
Печать офсетная. Бумага офсетная. Тираж 200 экз.
Зак. 15-200.

Оригинал-макет – издательство «Юридический мир»

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

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

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

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

Отпечатано ПАО «Випол»

03151, Киев, ул. Волынская, 60

Свидетельство о внесении в Государственный реестр

Серия ДК № 4404 от 31.08.2012 г.