



ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

Лритика Ю.Д.,

*доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету
ім. Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук*

Куфтирев Я.В.,

*магістр права кафедри теорії та історії
держави і права Київського національного
університету ім. Тараса Шевченка*

ЗМІСТ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ

Зміст арбітражної угоди є однією із найважливіших питань міжнародного комерційного арбітражу з огляду, перш за все, на те, що саме арбітражна угода є необхідною передумовою розгляду спору в порядку арбітражу, а її зміст визначає практично всі аспекти формування арбітражу та процедури розгляду конкретного спору. Зміст арбітражної угоди залежить від волі сторін та від вимог законодавства, що застосовується до неї. Як правило, арбітражна угода складається з наступних елементів:

- 1) вид арбітражу (включно з правильною назвою інституційного арбітражу, якщо сторони обирають цей вид);
- 2) коло спорів, що передаються на розгляд до арбітражу;
- 3) місце арбітражу;
- 4) кількість арбітрів, їх національність і кваліфікаційні вимоги;
- 5) право, що застосовується до суті спору;
- 6) мова арбітражного провадження;
- 7) право, що застосовується до арбітражної угоди;
- 8) правила процедури;
- 9) повноваження арбітрів вирішувати спір за справедливістю чи у як дружні посередники (можливість відступати від норм права);
- 10) інші питання (застереження про виключення можливості оспорування арбітражного рішення; порядок розподілу арбітражних витрат тощо).

Вид арбітражу

Як відомо, виділяють два основних види арбітражу: інституційний і випадковий арбітраж (арбітраж ad hoc). До цих двох видів можна додати й ще один особливий механізм, так званий, адміністрований арбітраж, який дозволяє сторонам користуватися підтримкою інституційного арбітражу, зберігаючи при цьому повний контроль над ходом арбітражного процесу. По суті цей останній різновид являє собою не що інше, як арбітраж ad hoc, що користується певною підтримкою будь-якого інституційного арбітражу, наприклад Лондонського Міжнародного арбітражного суду, щодо призначення арбітрів і в інших адміністративних питаннях.

Зазначені види арбітражу мають чіткі розбіжності, що можуть бути перевагами чи недоліками в контексті конкретної справи. Ідеальне всебічно виважене рішення з приводу



обрання інституційного чи разового арбітражу можливо прийняти тільки на стадії, коли спір вже виник. Однак, оскільки, як свідчить практика, після виникнення спору сторони вже не в змозі про що-небудь домовитися, тому усі позитивні і негативні риси обох видів арбітражу повинні бути враховані заздалегідь при укладенні арбітражної угоди.

До переваг інституційного арбітражу можна віднести:

1) наявність регламенту, перевіреного практикою, і адміністративного апарату, який забезпечує ефективне і послідовне просування справи стадіями арбітражного процесу;

2) авторитет і престиж арбітражу, які відіграють особливо велику роль під час визнання та виконання арбітражних рішень на території інших країн. До списків арбітрів інституційних арбітражів, як правило, входять провідні спеціалісти в галузі як арбітражу, так і торгового права. Крім того, хоча питання про формування однакової арбітражної практики чи арбітражних прецедентів є спірним, в межах інституційних арбітражів існує певна послідовність і накопичення досвіду. Адміністративні органи здійснюють аналіз практики розгляду справ та її узагальнення, виробляють рекомендації і т.д.;

3) врахування у регламенті і діяльності національного законодавства місця перебування інституційного арбітражу, що знижує ймовірність скасування арбітражного рішення в цій країні. Незважаючи на те, що деякі арбітражі мають у своїй назві вказівку на міжнародний характер, як правило, сам арбітражний суд має національний характер (це підтверджується також і тим фактом, що багато інституційних арбітражів не передбачають окремих регламентів для розгляду міжнародних спорів; внутрішні та міжнародні спори розглядаються на підставі тих самих правил з деякими спеціальними виключеннями). До виключно міжнародних за характером утворення можна віднести лише Арбітраж ВОІВ, регламент якого був прийнятий в 1996, а тому достатня практика діяльності якого ще відсутня.

Арбітраж *ad hoc* відрізняється наступними позитивними рисами, які або взагалі відсутні, або в меншому ступені представлені в інституційному арбітражі:

1) оптимальна пристосованість для розгляду конкретного спору;

2) максимальна автономія сторін у виборі процесуальних правил і вирішення інших питань в процесі розгляду спору;

3) загалом менш тривалий термін розгляду справи;

4) вартісна привабливість (адміністративні витрати скорочені до мінімуму; основні витрати – це гонорари арбітрів);

5) абсолютно приватний характер.

Категорії спорів, що передаються на розгляд до арбітражу

Як правило, арбітражне застереження формулюється настільки широко, щоб охопити всі можливі категорії спорів, які можуть виникнути з договору. Для того, щоб уникнути розбіжностей при вирішенні питання про те, чи володіють арбітри компетенцією на розгляд певної категорії спорів або певного спору, які пов'язані з договором, більшість відомих арбітражних центрів пропонують свої типові застереження. Так, МКАС при ТПП України рекомендує включати до зовнішньоекономічного договору застереження наступного змісту: *“Будь-який спір, що виникає щодо цього договору або у зв'язку з ним, підлягає передачі на розгляд і остаточне вирішення в МКАС при ТПП України”*.

Місце арбітражного розгляду

Визначення місця проведення арбітражу має велике практичне значення з огляду на наступне. По-перше, на арбітражний процес поширюється “арбітражне право” країни саме місця проведення арбітражу. По-друге, арбітражне рішення може бути скасоване, як правило, тільки в державному суді країни місця проведення арбітражу та з підстав, передбачених правом



цієї країни. По-третє, право країни арбітражу застосовується під час вирішення питання дійсності арбітражної угоди. Також слід зважати на те, що продуманий вибір місця арбітражу забезпечує можливість застосування Нью-Йоркської конвенції ООН 1958 р. “Про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень”. Під час її підписання (приєднання) певні країни зробили застереження (застереження про взаємність), відповідно до якого положення Конвенції будуть застосовуватися тільки у випадку ухвалення арбітражного рішення на території країни-учасниці Конвенції. Адже у всіх випадках варто простежити, щоб місцем арбітражу не стала країна, яка не є учасницею Конвенції.

В разі, якщо сторони передбачили інституційний арбітраж, то цей арбітраж сам може визначити місце проведення арбітражу у випадку відсутності відповідної угоди сторін. Як правило, таким місцем буде місце перебування самого арбітражу, хоча арбітраж може визначити й інше місце зважаючи на обставин справи і приймаючи до уваги інтереси сторін. В арбітражному застереженні, що передбачає арбітраж *ad hoc*, місце арбітражу відіграє важливу роль, оскільки в арбітражі *ad hoc* немає підтримуючого органу, який забезпечує формування складу арбітражного суду і бере на себе вирішення інших питань, необхідних для здійснення арбітражного процесу. Функцію такого підтримуючого органу можуть виконувати або суди, або інші органи, наприклад, голова Торгово-промислової палати чи інші особи, визначені законодавством. Ці органи можуть допомагати в призначенні арбітра за сторону, яка ухиляється від призначення свого арбітра, таким чином, вони сприяють у формуванні необхідних передумов для початку роботи арбітражу. Але, будь-яке сприяння можливе тільки в тому випадку, коли місце арбітражу знаходиться в даній країні, тобто якщо на нього поширюється місцеве арбітражне законодавство. В тому ж випадку, коли сторони не визначили порядок формування арбітражного складу і не вказали місце арбітражу в арбітражній угоді, одним з дієвих засобів, які залишаються зацікавленій стороні для ініціювання арбітражного процесу, є звернення до механізму, передбаченому Європейською конвенцією з міжнародного торгового арбітражу 1961 р.

Кількість арбітрів, їх національність і кваліфікаційні вимоги

Головні питання, які постають перед сторонами у зв'язку з призначенням арбітрів, це їх кількість і процедура призначення.

Стосовно процедури призначення, то слід зважати, що якщо сторони передбачили компетенцію інституційного арбітражу, то в його регламенті буде визначена процедура призначення арбітрів. Що ж стосується арбітражу *ad hoc*, то національні закони передбачають різні методи формування складу арбітражу. Наприклад, у Нідерландах, якщо сторони не обумовили порядок призначення арбітрів, арбітри повинні призначатися консенсусом сторін. Якщо ж сторони протягом визначеного терміну не призначили арбітрів, то ця функція покладається на Голову місцевого окружного суду (ст. 1027 ЦПК Нідерландів) З іншого боку, у Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (ст. 11) і заснованих на ньому законодавчих актах країн (наприклад, у Законі України “Про міжнародний комерційний арбітраж” ст. 11, ч. 3) визначається інший порядок, відповідно до якого кожна із сторін призначає свого арбітра, а призначені таким чином арбітри призначають третього арбітра - головуючого. Якщо сторони при арбітражі *ad hoc* передбачили використання Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, то у випадку будь-яких ускладнень у формуванні складу арбітражу (не призначення арбітра однієї із сторін і т.д.) інша сторона може звернутися до Генерального секретаря Постійного третейського суду в Гаазі із проханням визначити компетентний орган, який буде уповноважений провести призначення. Крім того, сторони можуть за взаємною згодою визначити, що функції компетентного органу щодо призначення арбітрів буде



виконувати певна особа чи інституція. Такі функції можуть, зокрема, здійснюватися Арбітражним центром ВОІВ, Швейцарською арбітражною асоціацією, Лондонським Міжнародним арбітражним судом, Нідерландським арбітражним інститутом і т.д.

При визначенні кількості арбітрів необхідно виходити з презумпції того, що обрання одного арбітра завжди виправдане з огляду на скорочення витрат на арбітраж і швидкості розгляду справи. При визначенні кількості арбітрів необхідно зважати на те, що не у всіх країнах сторони можуть обрати будь-яку кількість арбітрів. У таких країнах, як Бельгія, Німеччина, Нідерланди, кількість арбітрів повинна бути непарною.

Цілком припустимі застереження про національність арбітрів, в яких передбачається, що арбітри повинні мати визначену національність або, навпаки, не повинні належати до певних держав. Найбільш часто зустрічається ситуація, коли сторони домовляються, що головуючий арбітр повинен належати до нейтральної держави (приймаючи до уваги національність сторін).

Що стосується інших вимог щодо кваліфікації арбітрів, то вони у всіх випадках повинні бути розумними, якщо взагалі повинні бути.

Право, що застосовують до суті спору

Саме в арбітражному способі розгляду спорів яскраво проявляється принцип автономії волі сторін, який дозволяє сторонам обрати правові норми, які повинні застосовуватись до їх контрактних правовідносин:

- 1) національне право будь-якої країни; або
- 2) право декількох країн; або
- 3) сукупність окремих норм права, що належать до права однієї чи декількох держав; або
- 4) норми міжнародного характеру, тобто міжнародних конвенцій і інших актів, що стосуються міжнародної комерції, які не мають статусу правових норм якої-небудь конкретної держави.

Арбітри при визначенні права, що повинно застосовуватись до конкретного спору, мають великі можливості. Перерахуємо методи, які арбітри найчастіше використовують для встановлення матеріального права.

1. Застосування колізійних норм місця проведення арбітражу. Цей метод протягом тривалого часу широко застосовувався на практиці арбітрами різних арбітражів (ВТАК, Арбітражним судом МТП і т. д.). На даний час цей метод є застарілим і не часто застосовується на практиці в чистому вигляді. Якщо звернутися до регламентів інституційних арбітражів, то лише Арбітражний регламент Торговельної палати Цюріха зберігає вказівку на застосування цього методу.

2. Визначення права на підставі колізійних норм, які арбітражний склад вважає такими, що повинні застосовуватись в конкретному випадку. Відповідно до цього методу арбітри не зв'язані колізійними нормами країни арбітражного розгляду і можуть застосовувати будь-які колізійні норми для визначення матеріального права. Цей метод знайшов своє закріплення в Законі України про МКА (ст. 28, ч. 2), Європейській конвенції про МКА 1961 р. (ст. VII, ч. 1), Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛІ (ст. 33, ч. 1), Регламенті МКАС при ТПП України (п. 8.2), Арбітражному регламенті МТП (ст. 13, п. 3) і т.д.

3. Порівняльне чи кумулятивне застосування різних колізійних норм, що мають відношення до даного спору. Досить часто використовується на практиці як арбітрами арбітражів *ad hoc*, так і арбітрами інституційних арбітражів, особливо в тих випадках, коли всі колізійні норми, які мають зв'язок з контрактом, фактично вказують на застосування одного матеріального права.

4. "Прямий" метод — обрання арбітрами матеріальних правових норм без звернення до будь-яких колізійних норм. Така можливість закріплена в арбітражному законодавстві наступних



країн: Нідерландів (ст. 1054 (2) ЦПК в редакції закону від 1 грудня 1986 р.), Франції (ст. 1496 ЦПК 1981 р.), деяких провінціях Канади, в Законі про арбітраж Португалії (ст. 33 (2) Закону 1986 р.), Мексики (ст. 1445 Торгового кодексу із змінами на 22.07.1993 р.). Така ж можливість непрямым чином впливає з регламентів таких арбітражів, як Арбітражний центр ВОІВ (ст. 57), Лондонський Міжнародний арбітражний суд (ст. 13 (1) (а)), Нідерландський арбітражний інститут (ст. 46) та ін.

Треба зазначити, що аналіз арбітражної практики останніх років дає можливість прослідкувати певну тенденцію щодо вибору арбітрами права, що застосовується до суті спору. В більшості арбітражних рішень, опублікованих у Щорічнику комерційного арбітражу, відбивається загальний напрямок встановлення як права, що застосовується, - права, найбільш тісно пов'язаного з контрактом.

Мова арбітражного провадження

Визначити мову розгляду спору в арбітражному суді бажано з мотивів зручності та економії процесуальних засобів. Визначення сторонами мови провадження одночасно може вплинути на вибір арбітрів (факт володіння мовою арбітражу може зіграти визначальну роль), письмові докази та інші документи повинні подаватися в перекладі, обмін процесуальними документами повинен здійснюватися даною мовою, слухання, а також пояснення сторін і показання свідків повинні здійснюватися обраною мовою безпосередньо чи через перекладача і т.д.

Право, що застосовується до арбітражної угоди

Питання про наявність, дійсність арбітражної угоди досить часто виникає в зв'язку з тим, що одна із сторін намагається ухилитися від арбітражного розгляду спору. В арбітражних регламентах зазвичай не врегульоване питання про порядок визначення права, що застосовується до арбітражної угоди. Одним з виключень є Арбітражний регламент ВОІВ (ст. 59 (с)), який визначає, що арбітражна угода повинна відповідати або праву країни місця арбітражного розгляду, або праву, що застосовується до суті спору. Тому з метою визначеності і скорочення витрати часу арбітрів чи суддів на визначення права, що застосовується до арбітражної угоди, сторони можуть зробити спеціальне застереження про це. В цьому випадку сторони можуть передбачити застосування того ж права, якому підпорядковується контракт у цілому, або іншого права — права будь-якої держави.

Правила процедури

За загальним правилом, сторони вільні як самостійно визначити правила арбітражної процедури, так і обрати будь-яке право, що буде регулювати всі процедурні питання. Таким правом може бути право інше, ніж право місця проведення арбітражу. Інакше кажучи, визнається принцип автономії волі сторін у визначенні арбітражного процесу.

За відсутності особливої угоди сторін, арбітри самостійно визначають правила ведення арбітражного процесу. В інституційних арбітражах арбітри зобов'язані дотримуватися регламентів, які, як правило, залишають досить великі можливості для розсуду як арбітрам, так і сторонам.

В разі обрання арбітражу *ad hoc* сторонам арбітражної угоди рекомендується використовувати Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ 1976 р., що створює визначеність для функціонування арбітражу.

Повноваження арбітрів вирішувати спори за справедливістю або як дружні посередники

У країнах Західної Європи історично використовувався арбітраж, у якому арбітрам надавалася роль посередників, мета якого полягала насамперед у досягненні компромісу і справедливого врегулювання спору. Здійснюючи таку функцію, покладену на них сторонами, арбітри не були зобов'язані строго виходити із букви закону і могли завжди відступити від будь-яких законодавчих



положень для того, щоб досягти справедливого в конкретній справі рішення. В даний час таке застереження в арбітражній угоді означає, що сторони, уповноваживши арбітрів вирішувати спір за справедливістю чи як дружніх посередників, наділили арбітрів повноваженнями відступати від норм права чи зовсім не застосовувати їх, приймати рішення, керуючись здоровим глуздом, практикою, звичаями і розумінням справедливості. Можливість вирішувати спір за справедливістю передбачена у Європейській конвенції 1961 р. (ст. VII (2)), Типовому законі про МКА (ст. 28, ч. 3). Арбітри можуть вирішувати спір по справедливості чи як дружні посередники лише тоді, коли вони прямо були уповноважені на це сторонами.

Інші питання

У ряді випадків у сторін виникає бажання в самому арбітражному застереженні чи в третейському записі обумовити питання, що або мають досить важливе значення для долі арбітражного рішення, або впливають на витрати сторін на арбітражне провадження. До першого відноситься так зване застереження про виключення оскарження (exclusion agreement).

Згідно з Типовим законом про МКА і національних законодавчих актів арбітражне рішення може бути скасоване судом країни, в якій відбувся арбітражний розгляд. Подання клопотання про скасування арбітражного рішення — єдиний засіб оскарження арбітражного рішення. Законодавство деяких країн передбачає право сторін виключити можливість оскарження арбітражного рішення. Для цього сторони повинні чітко зазначити про це в арбітражній угоді. Відповідно до статті 192 Закону про МПП Швейцарії 1987 р., сторони мають можливість передбачити або в арбітражному застереженні, або в третейському записі положення про те, що оскарження арбітражного рішення виключається з усіх чи деяких підстав, передбачених у законі (exclusion agreement). Відповідно до згаданого закону право укласти угоду про виключення оскарження арбітражного рішення належить тільки сторонам, жодна з яких не має домілілія, чи місцезнаходження комерційного підприємства на території Швейцарії. Один з новітніх арбітражних актів — Англійський закон про арбітраж 1996 р. - також передбачає можливість виключити компетенцію англійського суду на розгляд клопотання про скасування чи перегляд арбітражного рішення з підстав неправильного застосування англійського права, шляхом досягнення угоди про це між сторонами. Більш того, якщо арбітри були уповноважені сторонами винести рішення без зазначення мотивів, на яких воно засноване, те це розцінюється як угода про відмову від оскарження у відповідності зі статтею 69 (2). Ухвалення немотивованого рішення є також підставою для виключення процедури скасування арбітражного рішення в Німеччині.

Порядок розподілу арбітражних витрат

Питання про розподіл арбітражних витрат не другорядне, якщо врахувати, що до арбітражних витрат входять крім арбітражного збору витрати сторін у справі, у тому числі і на оплату юридичних послуг. В цілому сторони можуть домовитися про те, що кожна зі сторін несе власні витрати. Відповідно до арбітражних регламентів і національних законів, якщо сторони не обумовили порядок розподілу витрат, то рішення про це буде прийнято складом арбітражного суду. Як правило, у цих випадках витрати будуть покладені на сторону, що програла, або розподілені між сторонами у визначеній пропорції. Однак, відповідно до Англійського закону про арбітраж 1996 р., угода сторін, укладена до виникнення спору, про те, що всі чи частина витрат будуть покладені на одну із сторін, незалежно від результату арбітражного розгляду, є недійсною.