

Арбітражна угода

в міжнародному комерційному арбітражі



О. Т. Волощук

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича

В цій статті досліджується та аналізується одне з проблемних питань міжнародного комерційного арбітражу – проблема визначення сутності та ознак арбітражної угоди.

Ключові слова: арбітраж, міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, арбітражне застереження.

В этой статье исследуется и анализируется один из проблемных вопросов международного коммерческого арбитража – определение сущности и основных признаков арбитражных соглашений.

Ключевые слова: арбитраж, международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, арбитражная оговорка.

In the given article the one of the problematic issues of international commercial arbitration – definition of the nature and characteristics of arbitration agreement are analyzed and discovered.

Keywords: arbitration, international commercial arbitration, the arbitration agreement, the arbitration clause.

Сьогодні в умовах ринкової економіки арбітражна угода є однією із основних засобів організації відносин між суб'єктами господарювання та важливим інструментом правової організації господарського життя суспільства загалом. Арбітражна угода як гнучкий правовий регулятор дає змогу враховувати специфіку зовнішньоекономічної діяльності та узгодити її із загальноноормативним режимом правового регулювання в зарубіжних країнах. Але маємо констатувати, що останніми роками в науковій юридичній літературі України теоретичні питання арбітражної угоди не були предметом комплексного, цілісного вивчення. Проте розробка доктринального поняття арбітражної угоди та способів її укладення, а також використання теоретичних здобутків у процесі правотворення є надзвичайно важливими, оскільки від того, наскільки чітко окреслені межі арбітражної угоди, залежить якість і адекватність правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності, ефективність застосування іноземних та національних норм права юрисдикційними органами.

Арбітраж може прийняти справу до свого провадження тільки на підставі угоди сторін про це – арбітражної угоди, яка є наріжним каменем усього інституту міжнародного комерційного арбітражу. Арбітражна угода настільки важлива, наскільки й умови про якість товару чи строки його поставки. З арбітражною угодою, її наявністю та дійсністю тісно пов'язані всі правовідносини, що виникають у сфері міжнародного комерційного арбітражу, починаючи з етапу можливо-го звернення однієї зі сторін спору до державних судів при запереченні компетенції третейського суду розгляда-

ти спір, при розгляді справ про скасування арбітражних рішень, а також на етапі визнання та виконання арбітражних рішень. Тому визначення поняття арбітражної угоди, її правової природи, суттєвих умов, підстав для визнання її недійсною є дуже важливим при вивченні всього інституту міжнародного комерційного арбітражу [15, с. 19].

Укладаючи арбітражну угоду, сторони, перш за все, ставлять собі за мету застосувати арбітражний порядок вирішення спорів і виключити можливість розгляду їх спорів державними судами. Така угода сторін може бути включена в текст зовнішньоторговельного контракту. У доктрині міжнародного приватного права зазначена угода іменується «арбітражне застереження». Вона також може бути укладена у вигляді окремої угоди, і тоді її іменують «третейський запис», «компроміс» (compromis) [2, с. 8] або окрема арбітражна угода, підкреслюючи її технічну відокремленість від основного контракту, з якого виник спір. Російська дослідниця інституту міжнародного комерційного арбітражу Г. К. Дмитрієва відзначає, що практика укладення зовнішньоекономічних угод останніх років дає підстави говорити про появу третього виду арбітражних угод – арбітражного договору, що є самостійною угодою між сторонами про арбітражний розгляд спорів, котрі можуть виникати між ними в майбутньому, у зв'язку з яким-небудь конкретним контрактом чи з групою конкретних контрактів між ними, або ж навіть у зв'язку зі труднощами між ними загалом [4, с. 30].

Як показує практика, контрагенти зі зовнішньоекономічних угод зрідка укладають третейський запис, надаючи перевагу арбітражній угоді у вигляді застереження, яке включаєть-

ся до контракту. За підрахунками зарубіжних учених, уже в 60-х рр. минулого століття в середньому близько 80% укладених договорів містили арбітражні застереження. До цього контрагентів спонукає, перш за все, бажання визначити спосіб вирішення можливих спорів, місце та орган, котрий буде розглядати їхній спір за правилами, які наперед відомі контрагентам [11, с. 659]. Проте як би не класифікували арбітражні угоди дослідники та вчені, всі види арбітражних угод за своєю суттю практично нічим особливим не відрізняються; це три види одного і того ж явища – угоди сторін про арбітражний порядок розгляду спору. Окрім вищенаведеного, потрібно враховувати, що як внутрішнє законодавство, так і міжнародні договори, не проводять ніякої юридичної різниці між окремими видами арбітражних угод, користуючись терміном «арбітражна угода» як родовим. Так, у ФРН угода про передачу спору на розгляд арбітражу може укладатися як відносно наявних спорів, так і спорів, котрі можуть виникнути в майбутньому. Угода про арбітражний розгляд спорів, котрі можуть виникнути в майбутньому, за параграфом 1026 Статуту Німецького цивільного судочинства не має юридичної сили, якщо вона не стосується визначеного правовідношення та спорів, котрі з них випливають. В Англії, згідно з положеннями закону про арбітраж 1950 р. (в редакції 1979 р.), арбітражною угодою вважається письмова угода про передачу теперішніх чи майбутніх спорів у арбітраж. У деяких країнах історично склалося так, що сторони зверталися в арбітраж переважно за допомогою третейського запису; тому в цих країнах законодавство відносно недавно визнало арбітражні застере-

ження. Так, у Франції арбітражне застереження визнали у 1925 р. і тільки з комерційних справ. Тепер нове арбітражне законодавство Франції застосовує термін «арбітражна угода» (*les conventions d'arbitrage*) для визначення родового поняття, яке охоплює як арбітражне застереження, так і третейський запис (*compromis*). У Канаді (провінція Квебек) арбітражне застереження визнали лише з 1966 р., коли вступив у дію ЦПК Квебеку [11, с. 660].

Слід відзначити, що рівнозначне ставлення до арбітражного застереження та третейського запису характерне для законодавства більшості сучасних зарубіжних країн. Хоча і з цієї загальної тенденції є певні винятки. Наприклад, архаїчне ставлення до арбітражного застереження існує та існувало в країнах Латинської Америки: Аргентині, Бразилії, Венесуелі, Панамі, Гондурасі, Еквадорі. Відповідно до законодавства цих країн, арбітражне застереження не є належною умовою для порушення арбітражного розгляду спору. Сторони, що бажають передати спір, який між ними виник, на розгляд в арбітраж, обов'язково повинні укласти письмову угоду про врегулювання спору в арбітражному порядку, яка в деяких випадках має бути нотаріально завірена. Це правило діє навіть тоді, коли в контракті, з приводу якого виник спір, міститься арбітражне застереження. Невиконання цієї вимоги може призвести до усунення арбітражного порядку, а спір буде розглядатися державним судом. Відповідно, в цих країнах арбітражне застереження трактується лише як договірна умова, для виконання якої сторони, при виникненні спору, зобов'язуються укласти угоду про арбітраж. Розвиток міжнародної торгівлі, поширення комерційних зв'язків між країнами Ла-

тинської Америки та іншими країнами світу, просунення іноземних інвестицій на цей континент потребувало приведення законодавства про міжнародний комерційний арбітраж названих країн у відповідність до міжнародно-визнаних принципів, котрі закріплені в Типовому законі ЮНСІТРАЛ [3, с. 55] та Нью-Йоркській конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. [9, с. 202-207] (далі – Нью-Йоркська конвенція 1958 р.). В результаті цього почалась реформа законодавства про арбітраж у деяких країнах Латинської Америки. Тобто, можна зробити висновок, що для сучасного законодавства різних країн про міжнародний комерційний арбітраж характерне застосування єдиного підходу до регулювання різних видів арбітражних угод.

У законодавстві України поняття арбітражної угоди подане в Законі «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. 7 якого вказує: «Арбітражна угода – це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникати між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження в контракті або у вигляді окремої угоди» [7, с. 198]. Відповідно, законодавець згідно з міжнародними конвенціями, визначає два види арбітражних угод. До першого виду відносяться угоди про арбітражний розгляд спорів, які можуть виникати в майбутньому і які є частиною зовнішньоекономічного контракту, або, як їх прийнято називати, арбітражні застереження. Другим видом арбітражних угод є угоди, котрі відображають домовленість сторін про арбітражний розгляд спорів, оформле-

ні у вигляді окремої угоди, в тому числі, окремо від основного договору (контракту), які прийнято називати третейськими записами.

Юридична природа міжнародного арбітражу передбачає специфіку умов дійсності арбітражної угоди [15, с. 19]. Арбітражні угоди, які є одним із видів цивільно-правових угод, регулюються як нормами внутрішнього законодавства окремих країн, так і нормами міжнародних договорів, серед яких найважливішу роль відіграють багатосторонні міжнародні договори.

Які ж вимоги висуваються до арбітражної угоди? Насамперед необхідно відзначити, що відповідно до ч. 1 ст. V Нью-Йоркської конвенції, ст. ст. 34, 36 Типового закону ЮНСІТРАЛ, а також аналогічних статей Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», арбітражна угода повинна бути дійсною за законом, якому сторони її підкорили, або за законом країни, де було винесено арбітражне рішення. Аналіз положень міжнародно-правових актів і передусім Нью-Йоркської конвенції, а також Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» дає змогу зробити висновок про те, що для визнання арбітражної угоди дійсною вона повинна відповідати таким основним вимогам: сторони арбітражної угоди повинні бути дієздатними відповідно до закону, що до них застосовується; арбітражна угода повинна містити чітко виражену волю сторін на передачу в арбітраж правових спорів, об'єкт яких може бути предметом арбітражного розгляду, тобто бути арбітрабельним.

Вимога про дієздатність сторін міститься як у Нью-Йоркській конвенції (п. п. «а» п. 1 ст. V), так і в Європейській конвенції (п. п. «а» п. 1 ст. IX). Недотримання цієї вимоги може ста-

ти причиною визнання недійсною арбітражної угоди і в кінцевому результаті є підставою для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення. Не існує єдиних міжнародно-правових норм, що регулюють питання дієздатності фізичних або юридичних осіб. Вони різні в кожній державі. Такі норми, як правило, містяться у двосторонніх договорах про правову допомогу за участю України (наприклад, у ст. 21 Договору між Україною й Республікою Польща про правову допомогу й правові відносини у цивільних і кримінальних справах), а також багатосторонніх договорах (наприклад, Угоді про порядок розгляду спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, підписаній у Києві 20 березня 1992 р. державами-учасницями СНД) [8, с. 38-39].

За загальним правилом, дієздатність фізичної особи визначається за законом країни її громадянства або постійного місця проживання, юридичної особи – за законом місця її реєстрації або постійного місцезнаходження. У випадку виникнення сумнівів визначення закону, що підлягає застосуванню відносно дієздатності особи, буде здійснюватися із врахуванням колізійних норм тієї держави, в якій відбувається арбітражний розгляд. В Україні колізійні норми щодо статусу фізичних та юридичних осіб містяться в Законі України «Про міжнародне приватне право» [6, с. 422]. Зокрема, ст. 16 і 18 Закону встановлено, що цивільна дієздатність фізичної особи, а також підстави й правові наслідки визнання фізичної особи недієздатною, регулюються правом держави, громадянином якої вона є. Якщо фізична особа є громадянином двох або більше держав, цивільна дієздатність такої особи регулюється правом тієї держави,

з якою ця особа має найбільш тісний зв'язок, зокрема, має місце проживання або займається основною діяльністю. Якщо ж фізична особа не має громадянства, цивільна дієздатність такої особи регулюється правом держави, у якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності – місце перебування. Цивільна дієздатність фізичної особи щодо правочинів може визначатися також правом держави місця вчинення правочинів, якщо інше не передбачено законом. В Україні повна дієздатність фізичної особи настає з досягненням цією особою вісімнадцятиріччя (ст. 34 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ)). Згідно зі статтями 25, 26 Закону України «Про міжнародне приватне право», цивільна правоздатність і дієздатність юридичної особи встановлюється правом держави місцезнаходження юридичної особи, якою вважається держава, в якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави. У випадку неможливості встановити місцезнаходження юридичної особи або держави її реєстрації, застосовується право держави, у якій перебуває виконавчий орган управління юридичної особи.

Відповідно до ЦКУ, юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють згідно з установчими документами і законом. При цьому орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від його імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень (ч. 3 ст. 92 ЦКУ) [13, с. 461].

Необхідно відзначити, що законодавство України містить найважливіші гарантії прав особи, що укладає угоди,

від посягань їхніх договірних контрагентів, пов'язаних із оспоруванням повноважень на підписання угод. Так, ст. 28 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлює, що юридична особа не може посилається на обмеження повноважень її органу або представника на вчинення правочину, що є невідомим праву держави, у якій інша сторона має місце перебування або знаходження, крім випадків, коли інша сторона знала або за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження. Крім того, близькі зазначеній нормі положення містяться в ч. 3 ст. 92 ЦКУ, згідно з яким у відносинах із третіми особами обмеження повноважень щодо представництва юридичної особи не має юридичної сили, крім випадків, коли юридична особа доведе, що третя особа знала чи за всіма обставинами не могла не знати про такі обмеження. Таким чином, оспорування відповідних правочинів можливе лише при доказовості знання контрагентами про такі обмеження. Це правило стосується юридичних осіб як з універсальною, так і зі спеціальною правоздатністю. Тому правочин, вчинений органами юридичної особи з перевищенням повноважень, у тому числі й правочин, що виходить за межі мети юридичної особи, слід вважати дійсним відповідно до третьої особи [14, с. 75].

Нерідко проблеми стосовно дієздатності виникають тоді, коли стороною арбітражної угоди виступає державний орган або організація. Викликано це тим, що відповідно до законодавства деяких країн державні органи й організації не мають права укладати арбітражні угоди й передавати спори на розгляд в арбітраж. До числа держав, що категорично виключають можливість укладення арбітражних угод самою державою і його органами, нале-

жить Саудівська Аравія. Більшість країн дотримується менш твердого підходу. Так, у США федеративний уряд не має права укладати арбітражні угоди, однак для державних органів і організацій такої заборони не існує. У Франції, Австрії й Італії юридичні особи публічного права можуть укладати арбітражні угоди, тільки будучи на те спеціально уповноваженими; при цьому в Франції державні органи можуть передавати в арбітраж будь-які спори, що виникають із зовнішньоекономічної діяльності [3, с. 102].

Розглядаючи питання про право державних органів і організацій України передавати на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж спори, що виникають з їх участю при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності, і, відповідно, їхнє право укладати арбітражні угоди, необхідно виходити з такого. По-перше, Україна при ратифікації Європейської конвенції не зробила ніяких заяв щодо обмежень прав юридичних осіб публічного права на укладення арбітражних угод. По-друге, згідно зі ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» Україна в особі її органів, місцеві органи влади і управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність як юридичні особи і відповідно – укладати зовнішньоекономічні договори. По-третє, ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», а також п. 2 Положення про Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (додаток № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») [5, с. 198] і Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті Укра-

їни (додаток № 2 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») [10, с. 213-235], що передбачають суб'єктний склад учасників спорів (комерційні підприємства, підприємства з іноземними інвестиціями, міжнародні об'єднання й організації), що розглядаються у порядку міжнародного комерційного арбітражу, встановлюють, що наведений суб'єктний склад не є вичерпним, оскільки на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж можуть передаватися спори з іншими суб'єктами права України [8, с. 40-42]. Таким чином, можна зробити висновок про те, що державні органи й організації України мають право укладати арбітражну угоду й передавати зовнішньоекономічні спори, що виникли з їхньою участю, на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж.

Вимога щодо предмета арбітражної угоди та інших її істотних умов є не менш важливою, ніж попередня. Із статті II Нью-Йоркської конвенції та ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» випливає, що предметом арбітражної угоди є, по-перше, чітко виражена й належним чином зафіксована вказівка сторін про передачу спору на розгляд в арбітраж, по-друге, вказівка на правовідносини, з приводу яких спори передаються в арбітраж. Виходячи з цього, в юридичній літературі висловлена думка про те, що «мінімальне арбітражне застереження в контракті, тобто таке арбітражне застереження, що містить лише умови, без яких вона була б недійсною (у літературі таке застереження також називають «бланковим»), може виглядати таким чином: «Спори щодо цього контракту вирішуються шляхом арбітражу» [1, с. 52]. Водночас таке арбітражне застереження не в усіх ви-

падах може бути належною правовою основою для розгляду спору в порядку арбітражу. Це можливо лише в тому випадку, коли у разі звернення позивача до конкретної арбітражної установи відповідач дасть згоду на розгляд спору. Другим основним елементом предмета арбітражної угоди, що нерозривно пов'язаний з вибором арбітражу як способу розгляду спору, є визначення сторонами в арбітражній угоді видів (категорій) спорів, які можуть бути передані на розгляд в арбітраж [8, с. 43]. Європейська конвенція встановлює найбільш широкий підхід до визначення спорів, які можуть бути передані на розгляд в арбітраж і щодо яких може бути укладена арбітражна угода, встановлюючи, що спори повинні виникати при здійсненні операцій із зовнішньої торгівлі.

Виходячи з положень Нью-Йоркської конвенції, Типового закону ЮНСІТРАЛ і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», до спорів, які можуть бути передані на розгляд в арбітраж, висуваються такі вимоги: спори повинні носити правовий характер, тобто бути заснованими на конкретних договірних або інших правовідносинах; на розгляд в арбітраж можуть бути передані всі або окремі спори, що впливають з договірних або інших правовідносин; зазначені вище спори на момент укладення арбітражної угоди вже виникли або можуть виникнути між сторонами в майбутньому; об'єкт спору може бути предметом арбітражного розгляду (арбітрабельність спору) [8, с. 43].

Остання вимога щодо предмета арбітражної угоди є надзвичайно важливою, оскільки розгляд арбітражем неарбітрабельного спору є підставою для скасування або відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішен-

ня. Ні Нью-Йоркська конвенція, ні Типовий закон ЮНСІТРАЛ не містять ніяких вказівок із приводу того, які спори повинні вважатися арбітрабельними, а які – ні. Практично відповідь на це питання впливає з національного законодавства країни, в якій здійснюється клопотання про визнання та примусове виконання арбітражного рішення. У різних країнах він вирішується по-різному. Фактично йдеться про виняткову підвідомчість спорів національним судам за місцем визнання та приведення до виконання арбітражних рішень. У багатьох країнах визнаються неарбітрабельними спори, пов'язані з конкуренцією (антимонопольним законодавством), валютним контролем, процедурою банкрутства, податковим, адміністративним, трудовим законодавством, визнанням прав на нерухоме майно. Категорія спорів про визнання прав на нерухомість у багатьох країнах належить до виняткової юрисдикції державних судів. У Великій Британії, наприклад, ця категорія справ розглядається не просто державними судами, а віднесена до виняткової компетенції спеціальних колегій, що перебувають у структурі державних судів. У Сербії арбітрабельними є спори майнового характеру, засновані на правах сторін, якими вони вільно розпоряджаються (і мають право на досягнення рішення на взаємоузгоджених умовах), водночас не визнаються арбітрабельними спори, які віднесені до виняткової компетенції державного суду, зокрема спори про право власності на нерухомість, речові права, оренду та ін. За загальним правилом неарбітрабельними є спори, які належать до виняткової підвідомчості державних судів, отже, такі спори не можуть бути передані на розгляд в арбітраж.

В арбітражній угоді, крім умов про її предмет, можуть міститися й інші умови. Аналіз положень Типового закону ЮНСІТРАЛ і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» дає змогу зробити висновок про те, що сторонам при укладенні арбітражної угоди надана більша свобода. Зокрема, сторони мають право в арбітражній угоді не тільки самостійно обрати арбітраж як спосіб розгляду спору, а й визначити застосовне до їхніх правовідносин право; місце, мову й процедуру ведення арбітражного розгляду; порядок одержання письмових повідомлень; кількість арбітрів і процедуру їхнього призначення; установити вимоги, що висувуються до арбітрів, а також процедуру їхнього відводу; порядок застосування забезпечувальних заходів і призначення експертизи, а також інші умови [15, с. 19-20].

Отже, з огляду на вищенаведене можна виділити суттєві та додаткові умови арбітражної угоди. Суттєвими умовами арбітражної угоди є: виведення певних спорів з-під юрисдикції державних судів та домовленість про передачу цих спорів на вирішення арбітражу; визначення кола правовідносин, спір з яких передається на вирішення арбітражу; вид арбітражу: арбітраж *ad hoc* чи постійно діючий арбітражний орган, компетентний розглядати спір. Якщо це буде постійно діючий арбітражний орган, то потрібно чітко вказати найменування цього постійно діючого арбітражного органу. Правовим наслідком того, що одна із цих суттєвих умов арбітражної угоди не буде узгоджена сторонами, може бути визнання цієї угоди недійсною або такою, що не може бути виконаною. Крім цього, потрібно пам'ятати про те, що сторони при укладенні арбітражної угоди повинні бути дієздатни-

ми відповідно до закону, що до них застосовується. Поряд з умовами, вказаними вище, арбітражні угоди можуть містити й інші (додаткові або факультативні) умови. До таких слід віднести: кількість арбітрів (третейських суддів), які будуть розглядати спір; визначення процедури призначення арбітрів, що особливо актуально при арбітражі *ad hoc*; визначення місця проведення арбітражу та мови, якою спір має розглядатися; матеріальне право певної держави, яке повинно застосовуватися для визначення прав і обов'язків сторін спірних правовідносин. Відсутність в арбітражній угоді вказаних додаткових умов не може бути підставою для визнання арбітражної угоди недійсною, тому що ці додаткові умови можуть бути узгоджені сторонами в ході вирішення спору, а деякі з них вирішені складом третейського суду.

Досить часто на практиці сторони нехтують деякими важливими умовами арбітражної угоди, або внаслідок недосвідченості, або ж вважаючи, що спір між контрагентами не виникне. Проте спори виникали і завжди будуть виникати, особливо у сфері торгівлі, здійснення зовнішньоекономічної діяльності, і часто такі «прорахунки» можуть призводити до патових ситуацій, з яких досить складно виходити.

Розгляньмо, наприклад, арбітражне застереження, яке містилось в одному зовнішньоторговельному контракті [15, с. 21-23]. У ньому вказувалося, що «всі спори та розбіжності між сторонами цього контракту будуть вирішуватися в арбітражному порядку». Такі застереження досить часто зустрічаються в практиці українських учасників зовнішньоторговельної діяльності і створюють для них чимало труднощів, а часто і нездоланих проблем. Як видно з тексту цього арбітражного засте-

реження, сторони не визначили вид арбітражу – постійно діючий арбітражний орган або арбітраж *ad hoc*. І якщо сторони надалі не зможуть вирішити це питання і визначити вид арбітражу після виникнення спору, таке положення здатне призвести до наступного: жодна зі сторін спірних правовідносин не буде в змозі порушити справу в будь-якому постійно діючому арбітражному органі або створити арбітраж *ad hoc*. Станеться це тому, що при такому застереженні, по-перше, жоден постійно діючий арбітражний орган не прийме до свого провадження справу щодо спору, який виник з правовідносин, що їх стосується це арбітражне застереження, а, по-друге, створити арбітраж *ad hoc* буде неможливо, якщо хоча б одна зі сторін спору буде відмовлятися від призначення свого арбітра, тобто своїми діями заперечуватиме арбітраж *ad hoc*. При зверненні однієї зі сторін спору до державного суду певної країни, наприклад, відповідача, також можуть виникнути труднощі й полягатимуть вони в тому, що державний суд не прийме такий спір до розгляду, посилаючись на те, що сторони уклали між собою арбітражну угоду, чим виключили підсудність цього спору державним судам. Це станеться у тому разі, коли відповідач буде заперечувати підсудність цього спору державному суду, посилаючись на існування дійсної арбітражної угоди (арбітражного застереження).

Часто в практиці зовнішньоторговельної діяльності зустрічаються випадки, коли сторони зовнішньоторговельного контракту погодили в арбітражному застереженні, що спори між ними будуть вирішуватися постійно діючим арбітражним органом, але не визначили його найменування. Якщо після виникнення спору вони не

зможуть чітко і однозначно визначити арбітражний орган, який був би компетентним розглядати певний спір, то наслідком цього буде: відмова арбітражного органу, до якого може звернутися одна сторона спору, прийняти цю справу до свого розгляду, виходячи з відсутності чіткої й прямої вказівки на те, що саме цей арбітражний орган компетентний розглядати цей спір. Наприклад, ст. 7 Регламенту Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма вказує: «Якщо буде встановлено, що Інститут не має юрисдикції стосовно спору або реєстраційний збір не сплачено у встановлений строк, прохання позивача про арбітраж відхиляється», а п. 5.7 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України визначає: «Якщо очевидно, що Арбітражний суд не компетентний розглядати справу, він відмовляє у прийнятті позовної заяви і повертає її позивачу протягом 10-ти днів».

У практиці також бувають випадки, коли сторони в арбітражному застереженні узгоджують постійно діючий арбітражний орган, але вказують не зовсім правильне і чітке його найменування. У таких випадках при зверненні до відповідного арбітражного органу в останнього можуть виникнути сумніви щодо своєї компетенції розглядати такий спір.

Що ж відбувається у разі, якщо сторони після виникнення спору не змогли уточнити чи узгодити найменування іншого арбітражного органу, який був би компетентним розглядати спір між ними? Правовими наслідками цього можуть бути: арбітражний орган, до якого звертається одна зі сторін спору, не прийме справу до розгляду; арбітражний орган запропонує сторонам узгодити точне найменування того ор-

гану, до якого вони мали намір звернутися при виникненні спору, і якщо сторони це зроблять — прийме справу до свого розгляду; арбітражний орган прийме справу до розгляду, проте питання його компетенції може бути предметом розгляду в межах процедури відводу третейського суду з невідсудності, а також під сумнів може бути поставлена дійсність арбітражного рішення шляхом порушення процедури скасування арбітражного рішення і, насамкінець, під сумнів може бути поставлене виконання винесеного цим арбітражним органом рішення по справі [12, с. 205].

У практиці зовнішньоекономічної діяльності сторони досить часто ігнорують рекомендації щодо укладення арбітражних угод провідних арбітражних центрів і своє бажання про вирішення спорів у арбітражі формулюють нечітко. У таких випадках арбітражна угода неефективна та може бути визнана недійсною навіть у випадках, коли в законі про це не йдеться. Занадто нечітке, незрозуміле формулювання арбітражної угоди не дозволяє встановити дійсні наміри сторін щодо арбітражного механізму вирішення спору, що, як правило, тягне визнання арбітражної угоди недійсною. Арбітражні застереження з істотними дефектами часто називають патологічними. Деякі дефекти арбітражного застереження можуть бути виправлені, однак, далеко не всі. Патологія арбітражних застережень, як правило, – це результат їхньої невизначеності, неповноти або втрати сили, а також передачі спорів на розгляд неіснуючої арбітражної установи, спроб поєднати два і більше механізмів вирішення спору або два різних регламенти.

У кращому випадку арбітражні установи, склад арбітражу чи суду змо-

жуть усунути пробіли чи витлумачити двозначні положення на користь арбітражу. У гіршому випадку арбітражна установа відмовиться прийняти спір до розгляду або арбітри чи суд вирішать, що арбітражна угода недійсна чи не може бути виконана, і спір опиниться там, куди сторони із самого початку не мали бажання його передавати – в національному суді відповідача. Доволі часто арбітражні застереження стають патологічними внаслідок неправильного найменування арбітражної установи, права, що застосовується, предмета спору і спорів, що передаються в арбітраж, вказівка в якості компетентного органу для призначення арбітрів організації, котра не надає таких послуг, передачі спорів на вирішення арбітражної установи, яка насправді не існує, а також спроби сумістити два чи більше механізми вирішення спорів. Наприклад, у наступних пунктах договорів: «У випадку спору сторони зобов'язуються передавати його в арбітраж, але у випадку судового процесу Трибунал департаменту Сени буде мати виняткову юрисдикцію»; «Сторони передають усі спори на вирішення Вищому Арбітражному суду при Торгово-промисловій палаті в м. Москві»; «У випадку, якщо спори не вдається вирішити шляхом переговорів, сторони можуть звертатися в арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті Республіки Казахстан чи на арбітражний розгляд при Арбітражному інституті Комерційної палати в Стокгольмі». Такі патології досить часто вирішуються шляхом проведення переговорів між сторонами і внесенням відповідних змін та доповнень до арбітражних застережень. Проте бувають випадки, коли арбітражні застереження не підлягають реконструкції.

Такі патології для арбітражних застережень є смертельними.

Відзначимо накінець, що патологічні арбітражні застереження часто виникають із спроб «покращити» типові арбітражні застереження. Ефект зазвичай буває прямо протилежним. Тому досвідчені учасники зовнішньоекономічної діяльності на практиці часто, щоб зменшити певною мірою негативні наслідки можливих дефектів волевиявлення сторін під час укладення арбітражних угод, звертаються до вироблених постійно діючими арбітражними судами типових форм арбітражних угод (типові арбітражні застереження).

Вищевикладене дозволяє зробити наступні висновки.

1. Арбітражна угода з огляду на свою особливу природу має низку особливостей і певні процесуальні наслідки. По-перше, дійсна арбітражна угода є правовою основою і правовим джерелом набуття третейським судом (арбітражем) своєї компетенції розглядати конкретний спір, а також умовою дійсності та юридичної сили арбітражного рішення, винесеного по цьому спору. По-друге, суттєвою властивістю арбітражної угоди є те, що коло правовідносин, спори з яких будуть передаватися на вирішення третейського суду, має бути чітко визначено в арбітражній угоді, тобто, використовуючи спеціальну термінологію, йдеться про арбітрабельність (припустимість) арбітражної угоди. Визначення переліку спорів, які за згодою сторін не можуть передаватися на розгляд до арбітражу, становить для кожної держави особливий інтерес і є складовою публічного порядку. Саме тому, вирішуючи питання, які спори можуть бути передані на розгляд до арбітражу, державний суд має застосовувати імперативні норми націо-

нального законодавства (*lex fori*), незалежно від права, якому підпорядкована арбітражна угода. По-третє, арбітражна угода обов'язкова для сторін, і ухилитись від передачі спору на розгляд в арбітраж вони не можуть. Зокрема, згідно зі ст. 8 Типового закону ЮНСІТРАЛ і ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» суд, у який подано позов щодо питання, яке є предметом арбітражної угоди, повинен, якщо кожна сторона попросить про це не пізніше подання своєї першої заяви по суті спору, припинити провадження у справі і направити сторони в арбітраж, якщо не визнає, що арбітражна угода недійсна, втратила чинність або не може бути виконана.

2. Арбітражна угода повинна бути викладена ясно і чітко, аби бути ефективною і здійсненою, щоб арбітраж міг відбутися. Арбітражна угода, викладена в неясній формі, може бути визнана недійсною і у випадках, коли в законі про це не йдеться. Занадто нечітке, незрозуміле формулювання арбітражної угоди не дозволяє встановити дійсні наміри сторін щодо арбітражного механізму вирішення спору, що, як правило, тягне визнання арбітражної угоди недійсною.

Література

1. *Ануров В. Н.* Допустимость третейского соглашения // Третейский суд. – 2005. – № 3. – С. 52.
2. *Богуславский М. М.* Международный коммерческий арбитраж. – М., 1993. – С. 8.
3. *Брунцева Е. В.* Международный коммерческий арбитраж / Учеб. пособ. для высших юридических заведений. – СПб.: Издательский дом «Сентябрь», 2001. – С. 55.
4. *Дмитриева Г. К.* Международный коммерческий арбитраж: Учеб. пособ. – М., 1997. – С. 30.
5. Додаток № 1 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» // ВВР. – 1994. – № 25. – С. 198.
6. Закон України від 23 червня 2005 р. «Про міжнародне приватне право» (Із змінами, внесеними згідно з Кодексом № 1618 від 18.03.2004, ВВР, 2004, № 40-41, 42, ст. 492) // ВВР. – 2005. – № 32. – Ст. 422.
7. Закон України від 24 лютого 1994 р. «Про міжнародний комерційний арбітраж» // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 25. – Ст. 198.
8. *Захарченко Т. Г.* Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Під заг. ред. І. Г.Побірченка. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 40.
9. Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. / В кн.: Цират Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж. – К., 2002. – С. 202-207.
10. Положення про Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України. Додаток № 2 до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» // Міжнародний комерційний арбітраж в Україні: теорія та законодавство / Під заг. ред. І. Г.Побірченка. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 213-235.
11. *Притыка Ю. Д.* Правовые принципы формирования и функционирования международного коммерческого арбитража // Очерки международного частного права / Под ред. проф. А. Довгента. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. – С. 660.
12. *Сергеева М. В.* Арбитражное соглашение и компетенция международного коммерческого арбитража // Московский журнал международного права. – 2003. – № 1. – С. 205.
13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – С. 461.
14. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту ЦКУ). – К.: Істина, 2006. – С. 75.
15. *Цират Г. А.* Міжнародний комерційний арбітраж: Навч. посіб. – К.: Істина, 2002. – С. 15.