
КонсультантПлюс: примечание.

В присутствующих в тексте вставках на иностранном языке некоторые символы по техническим причинам не могут быть отображены корректно, поэтому такие символы заменены на похожие по начертанию латинские символы.

АРБИТРАЖНАЯ ОГОВОРКА - СКРЫТОЕ ОРУЖИЕ

А.И.АНИЩЕНКО,
партнер ООО "Власова, Михель и партнеры",
старший преподаватель
факультета международных отношений
Белорусского государственного университета

М.В.ЮРЬЕВА,
юрист
ООО "Власова, Михель и партнеры"

Подписано в печать 19.06.2008

Закон предоставил сторонам договора право самостоятельно определять порядок разрешения споров между ними: делать выбор в пользу арбитражного разбирательства, вместо того, чтобы полагаться на усмотрение государственных судов. Особое значение данный выбор приобретает во внешнеторговых контрактах, где международный коммерческий арбитраж представляет собой разумную альтернативу разрешению внешнеторговых споров государственными судами.

Само существование международного коммерческого арбитража относительно конкретного спора зависит, прежде всего, от воли сторон, а не от государственных предписаний. Поскольку механизм арбитражного рассмотрения споров возникает исключительно по воле сторон, то неудивительно, что им предоставлены широкие полномочия по определению порядка функционирования данного механизма.

Нормы международно-правовых унифицированных документов и национального законодательства предоставляют сторонам следующие полномочия:

- выбор арбитражного суда;
- выбор права, применимого к процедуре арбитражного разбирательства, а также права, применимого к вопросу о наличии или действительности арбитражного соглашения;
- выбор права, применимого к существу спора;
- определение порядка формирования состава арбитражного суда;
- выбор места проведения арбитража;
- выбор языка, на котором будет вестись арбитражное разбирательство.

Выбор сторон потенциального или существующего спора реализуется и закрепляется в особом документе, называемом арбитражным соглашением. В настоящее время теория выделяет три вида арбитражных соглашений: арбитражная оговорка (arbitration clause), арбитражный договор (arbitration agreement) и третейская запись (submission agreement) <1>. Наиболее распространенной формой арбитражного соглашения является арбитражная оговорка - соглашение сторон, включенное в основной контракт и предусматривающее возможность рассмотрения споров в связи с данным контрактом посредством арбитража.

<1> Еще совсем недавно в законодательстве ряда стран (Испании, Португалии, Аргентины) арбитражная оговорка и третейская запись регулировались по-разному. Как правило, одного наличия арбитражной оговорки признавалось недостаточным для наделения арбитража компетенцией, и необходимо было дополнительно заключить третейскую запись, наличие которой и служило основанием компетенции. Если сторона уклонялась от заключения третейской записи, то суд не мог обязать ее участвовать в арбитражном процессе, т.е. арбитражная оговорка, по сути, не обладала исполнительной силой. В настоящее время необходимость заключения третейской записи дополнительно к арбитражной оговорке сохраняется только в единичных странах, например в Бразилии.

По традиции, арбитражная оговорка располагается в заключительных разделах договора рядом с "бесполезными" с коммерческой точки зрения разделами, такими как "форс-мажор", "адреса и банковские реквизиты" и "прочие условия". И это, к сожалению, не в последнюю очередь способствует

пренебрежительному отношению к обсуждению и согласованию условий арбитражной оговорки. Очень часто, находясь в полушаге от заключения выгодной сделки, предприниматели не осознают значимость этих нескольких строк, а юристы не противостоят давлению руководства. В результате, самое важное (в случае конфликта) условие договора определяется случайным образом без какого-либо анализа, что в итоге может привести к убыткам, многократно превышающим выгоды, полученные от заключения сделки.

В отечественной периодике уже неоднократно отмечалось, чем может обернуться неосмотрительность и поспешность при согласовании органа по разрешению договорных споров. Анализировались типичные ошибки, допускаемые субъектами хозяйствования при заключении арбитражных соглашений <2>. При подготовке настоящей статьи авторы не ставили целью провести всеобъемлющий анализ негативных примеров неосторожного обращения с внешнеторговым "оружием" замедленного действия, которым является арбитражная оговорка. Скорее, авторами предпринята попытка на условном примере дать практические рекомендации, как сделать это "оружие" мирным и пригодным для защиты нарушенных прав стороны внешнеторговой сделки.

<2> См. например: Хвалей, В.В. [Как "убить" арбитражное соглашение](#) / В.Хвалей // Промышленно-торговое право. - N 1. - 2004.

Среди основных моментов, которые следует принимать во внимание при составлении арбитражного соглашения, можно отметить следующее:

- 1) согласие сторон передать спор на рассмотрение в арбитраж;
- 2) круг споров, передаваемых на рассмотрение в арбитраж;
- 3) вид арбитража;
- 4) наименование арбитражного органа;
- 5) число арбитров и требования к ним;
- 6) место арбитражного разбирательства;
- 7) язык арбитражного разбирательства;
- 8) арбитражные правила;
- 9) арбитражные расходы;
- 10) применимое право (материальное и процессуальное).

Для удобства изложения представим себе заключение важного внешнеторгового контракта на поставку сложного технологического оборудования между производственным предприятием, расположенным в г. Лида (далее - Предприятие), и, например, крупным польским поставщиком из Варшавы (далее - Поставщик). Используя данный пример, проанализируем указанные выше элементы согласования действительной и исполнимой арбитражной оговорки.

Итак, шаг Первый, предполагает принципиальный выбор сторон между государственными судами и арбитражным судом. Еще раз подчеркнем, что при отсутствии в договоре прямого указания на арбитраж как однозначно согласованный сторонами способ разрешения споров, спор по такому договору будет рассматриваться государственным судом по правилам национального судопроизводства. Любая двусмысленность или неоднозначность (в том числе некорректно сформулированная альтернатива) может в итоге стать причиной того, что в профессиональной арбитражной среде принято называть "патологией" арбитражной оговорки. Это особенно актуально при заключении контрактов с субъектами Российской Федерации, где государственные суды, рассматривающие хозяйственные споры, по иронии также именуются арбитражными.

В нашем примере выбор в пользу арбитража не является критичным в силу наличия между Республикой Беларусь и Республикой Польша соглашения о взаимной правовой помощи, которое устанавливает общие правила подсудности и процедуру взаимного признания и приведения в исполнение решений государственных судов. Однако и в такой ситуации арбитражный порядок разрешения споров может иметь ряд потенциальных преимуществ: оперативность, конфиденциальность, экономность и ряд других.

Делая выбор в пользу арбитража, рекомендуется указывать, что арбитражное решение будет окончательным и обязательным для сторон, тем самым еще раз подчеркивая недопустимость пересмотра арбитражного решения по существу в государственном суде, в том числе на стадии его признания и приведения в исполнение.

Второй шаг подразумевает определение круга споров, передаваемых на рассмотрение арбитража. На этом этапе рекомендуется наиболее полно указать категории возможных споров, на которые стороны хотели бы распространить действие арбитражного соглашения. Однако стороны должны осознавать, что

применимый национальный закон может существенно ограничивать основания для проведения арбитражного разбирательства (т.е. арбитрабельность споров).

В нашем примере, нет никаких оснований сужать обычный максимально широкий круг споров "по настоящему договору или в связи с ним".

Третий шаг - это выбор вида арбитража, т.е. выбор между постоянно действующим международным арбитражным судом и арбитражем ad hoc. Не вдаваясь в детальный анализ преимуществ и недостатков обеих форм, необходимо отметить, что предпочтительным является именно институциональный арбитраж, и, если к тому нет действительно существенных аргументов, сторонам внешнеторговых договоров рекомендуется выбирать арбитражный институт, а не утруждать себя конструированием специально для конкретного случая отдельного арбитражного форума.

В рассматриваемом примере предпосылок для арбитража ad hoc не усматривается. Ничего, кроме дополнительных затрат Предприятию и головной боли его юристам, попытка передать рассмотрение споров по договору в арбитраж ad hoc не принесет.

На Четвертом шаге, презюмируя выбор институционального органа, сторонам необходимо определиться с конкретной кандидатурой. Зачастую именно данный шаг и согласование одного арбитражного органа, в котором подлежат рассмотрению споры, является самым проблематичным. Нежелание сторон идти на взаимные уступки, равно как и неспособность согласовать "нейтральный" арбитраж, заставляют участников коммерческой сделки искать компромиссный выход из сложившейся ситуации. Такой компромисс зачастую обретает форму так называемой альтернативной арбитражной оговорки, предусматривающей возможность разрешения спора различными арбитражными (а иногда и государственными) судами в зависимости от выбора сторон, их местонахождения, роли в споре и т.п. На проверку кажущаяся разумность такого компромисса очень часто оказывается иллюзорной и приводит к излишним расходам, связанным с дублированием арбитражных разбирательств, поскольку каждая из сторон в конфликтной ситуации скорее всего предпочтет обратиться в "свой" суд, нежели в суд, предложенный контрагентом.

На выбор конкретного арбитражного института суда в реальности влияет целый ряд как объективных, так и субъективных факторов, включая авторитетность форума, размер арбитражных расходов и т.п.

В нашем случае для Предприятия, безусловно, предпочтительнее убедить Поставщика передать спор в Международный арбитражный суд при БелТПП - единственный на сегодняшний день постоянно действующий международный коммерческий арбитраж в Беларуси. Однако если Поставщик решит настоять на нейтральной территории, то Предприятию можно, например, рассмотреть кандидатуры Москвы, Киева и Вильнюса, причем из практических соображений Вильнюсский коммерческий арбитражный суд представляется оптимальным выбором (географическая близость, умеренность арбитражных расходов, наличие русскоязычных юристов и т.п.).

Отдельно хотелось бы отметить необходимость точного указания наименования арбитражного органа, так как в его отсутствие арбитражная оговорка может оказаться недействительной и / или неисполнимой.

Пятый шаг - определение числа арбитров (один или три). В институциональном арбитраже при отсутствии указаний сторон этот вопрос решается в соответствии с регламентом данного арбитража. В случае если используются положения регламента арбитражного института для избрания арбитров, указание на порядок избрания является факультативным.

Состав из трех арбитров является стандартным для международных коммерческих арбитражей, когда каждая из сторон назначает одного арбитра и стороны или уже выбранные арбитры назначают третьего. Разрешение спора одним арбитром может быть предпочтительным при рассмотрении малозначительных по объему требований, поскольку рассмотрение споров в единоличном составе, как правило, оказывается более быстрым и менее затратным.

В случае если арбитр должен обладать специальными навыками (знание иностранных языков, техническое образование и т.п.), это должно также указываться в арбитражной оговорке. Однако следует быть предельно осторожным при предъявлении дополнительных требований к кандидатурам, поскольку найти арбитров, обладающих всеми описанными в арбитражной оговорке качествами, может оказаться практически невозможно.

Можно предположить, что если спор между Предприятием и Поставщиком все-таки возникнет и не будет разрешен путем переговоров, то данный спор будет более важным для Предприятия. Самые

распространенные и опасные случаи - это непоставка, поставка некачественного оборудования, отказ в возврате предварительно уплаченных денежных средств. В такой ситуации не стоит рисковать и экономить на своем праве назначить арбитра, лучше использовать классический вариант с тремя арбитрами.

Шестой шаг - выбор места арбитража и места проведения заседаний арбитража. При установлении компетенции институционального арбитража место его нахождения указывать необязательно. В этом случае разбирательство будет проходить по месту официальной резиденции институционального арбитража, если арбитры, с учетом обстоятельств дела, не выберут иное место. Крайне важно проследить, чтобы место проведения арбитражного разбирательства находилось в государстве-участнике Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, поскольку установление места проведения арбитража определяет пределы потенциального содействия или вмешательства инстанций государственной судебной системы во время арбитражного разбирательства и может иметь значение для признания и принудительного исполнения вынесенного арбитражного решения.

Седьмой шаг - выбор языка арбитражного разбирательства. Для институционального арбитража этот элемент также не обязателен. Стороны могут избрать как один язык в качестве официального языка арбитражного разбирательства, так и согласовать одновременный перевод на другой язык. При этом общепринятым является следующее правило - если стороны не владеют языком, на котором ведется арбитражное разбирательство, то они обеспечиваются переводчиками за свой счет.

В нашем примере вполне логичным будет попытаться согласовать ведение арбитража на русском языке, но если перевода избежать не удастся, то лучше заранее определить, какой из иностранных языков (скорее всего, выбирать придется между английским и польским) будет для Предприятия более предпочтительным.

Восьмой шаг - определение порядка арбитражной процедуры (выбор, назначение, отвод арбитров, начало разбирательства и его процедура, порядок представления документов и других доказательств, форма разбирательства - устная или на основе письменных документов). Институциональный арбитраж по общему правилу разбирает спор по процессуальным законам своей страны и в соответствии со своим регламентом, даже если в арбитражной оговорке отсутствуют какие-либо указания на этот счет. Большинство правовых норм арбитражных регламентов, определяющих процесс третейского разбирательства, имеют диспозитивный характер и применяются только в том случае, если стороны не предусмотрели иного. Как и в случае с альтернативными арбитражными оговорками, необходимо быть предельно осторожным при изменении арбитражной процедуры, установленной арбитражным регламентом того или иного арбитражного института, поскольку каждое отклонение потребует от сторон спора и, главное, от арбитров однозначного толкования положений арбитражной оговорки. Особенно опасной является ситуация, когда, выбирая один арбитражный институт, стороны указывают в качестве применимого арбитражный регламент или арбитражные правила другого (например, "арбитраж в МАС при БелТПП по арбитражным правилам МТП").

В нашем примере вряд ли стоит испытывать судьбу, так как регламенты перечисленных выше арбитражных институтов в полной мере соответствуют современным международным стандартам арбитражного судопроизводства.

Девятый шаг - определение порядка распределения расходов по арбитражному разбирательству. Отсутствие договоренности сторон не лишит арбитражную оговорку действительности и исполнимости. При отсутствии отдельного соглашения сторон о расходах состав арбитража должен будет распределять арбитражные расходы в соответствии с применимым регламентом и императивными нормами применимого арбитражного закона (*lex arbitri*).

Десятый шаг, пожалуй, заключительный, предполагает выбор сторонами договора материального и процессуального права, применимого к договору. Не являясь критичным для действительности и исполнимости арбитражной оговорки, данный выбор имеет, тем не менее, особое значение, поскольку его отсутствие может существенно усложнить и затянуть рассмотрение спора, так как поставит перед составом суда дополнительную задачу по поиску применимого права и обоснованию сделанного выбора.

Естественно, каждая из сторон будет стремиться использовать "свое" национальное законодательство, и если за таким стремлением не будет разумного логического обоснования, то переубедить такого контрагента вряд ли получится. Если договорная позиция не позволяет настоять на своем и нет оснований предполагать наличие концептуальных различий в национальном праве сторон

договора, лучше согласиться с контрагентом и сосредоточиться на максимально детальном урегулировании взаимоотношений в самом контракте, подчеркнув субсидиарность национального права к условиям договора. В отношении применимого процессуального закона наиболее рациональным представляется выбор страны места арбитража.

В завершение еще раз подчеркнем, что любая "самодетельность" в подготовке и написании арбитражной оговорки и любое отклонение от модельных оговорок, предлагаемых арбитражными институтами, несет в себе потенциальный риск произвольных и неожиданных интерпретаций. Все международные институты открыто публикуют, в том числе в сети Интернет, тексты рекомендуемых типовых арбитражных оговорок. Изменять их стандартные формулировки без особых на то причин и без привлечения компетентных специалистов, обладающих специальными познаниями и навыками в области международного коммерческого арбитража, категорически не рекомендуется. Иначе в критической договорной ситуации вместо скорого и справедливого правосудия можно получить смертельный выстрел из своего же собственного арбитражного "оружия".

Типовая арбитражная оговорка ВКАС <3>.

<3> <http://www.arbitrazas.lt/index.php?handler=ru.islygos>.

In Lithuanian:

"Kiekvienas ginčas, nesutarimas ar reikalavimas, kylantis iš šios sutarties ar susijęs su šia sutartimi, jos pazeidimu, nutraukimu ar galiojimu, galutinai sprendžiamas arbitrazu Vilniaus komercinio arbitrazo teisme pagal šio teismo reglamentą.

Arbitrazinio teismo arbitru skaičius bus....

Arbitrazinio teismo posėdžiai vyks... (vieta).

Arbitraziniame procese bus vartojama... kalba".

In English:

"Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, its breach, termination or validity, shall be settled by arbitration in the Vilnius Court of Commercial Arbitration in accordance with its Rules.

The number of arbitrators shall be....

The venue of arbitration shall be....

The language of arbitration shall be...".

In Russian:

"Любой спор, разногласие или требование, возникающие из настоящего договора или с ним связанные, а также связанные с его нарушением, расторжением или действительностью, решаются посредством арбитража в Вильнюсском коммерческом арбитражном суде по правилам этой институции.

Арбитражная коллегия должна состоять из... арбитров (указать число).

Заседания арбитражной коллегии будут проходить в... (указать место).

Язык, на котором будет осуществляться арбитражный процесс... (указать язык)".
