

ПИСЬМЕННАЯ ФОРМА АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ



Алексей Анищенко,
партнер ИООО «Сорайнен и партнеры»



Борис Кругликов,
помощник юриста арбитражной практики «Сорайнен и партнеры»

В нынешних меняющихся цифровых и геополитических реалиях обостряется конкуренция между ведущими арбитражными центрами за привлечение споров. Вопросы экспорта и импортозамещения представляются актуальными не только для реального сектора экономики, международной торговли товарами, но и для такой публично-правовой услуги, как разрешение международных коммерческих споров. Арбитражные институты, включая и международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов», чтобы оставаться востребованными и конкурентоспособными, регулярно обновляют свои регламенты, совершенствуют и адаптируют процедуру администрирования споров к вызовам времени.

На государственном уровне конкуренция происходит на регуляторном уровне (т.н. “*regulatory competition*”), т.е. речь идет об арбитражном законодательстве и, что особенно важно, правоприменительной практике, включая практику государственных судов. Судебная практика – ключевой показатель отношения национальной юрисдикции к международному арбитражу как на стадии признания и приведения в исполнение, так и в иных вопросах, по которым арбитраж нуждается в эффективной поддержке со стороны государственной судебной системы. Одним из таких вопросов, не менее важным, чем признание арбитражных решений, является вопрос о признании арбитражного соглашения и соответствующий современным цифровым реалиям подход к оценке соблюдения требования о письменной форме арбитражного соглашения.

Начало формирования системы международного арбитража в привычном для нас виде напрямую связано с принятием в 1958 году Нью-Йоркской конвенции¹. Совершенно очевид-

1 Здесь и далее в статье используются следующие сокращения:

но, однако, что реалии середины прошлого века, когда коммуникация осуществлялась посредством писем и телеграмм, имеют мало общего с реалиями 2023 года, Web 3.0, блокчейном, смарт-контрактами и прочими проявлениями ускоряющейся цифровизации и стремительным приспособлением к данному процессу экономики и права.

В этих реалиях неизбежно возникает вопрос: а необходимо ли сохранять требование письменной формы арбитражного соглашения в принципе? В уже далёком 2003 году на этот вопрос попытался ответить Тоби Ландау, ещё не будучи королевским советником и одним из наиболее авторитетных специалистов международного арбитража. В своей известной статье Ландау выделил два ключевых обоснования требования письменной формы:

- доказательство первоначального *согласия*,
- доказательство *содержания* соглашения².

Не вдаваясь в детали, можно отметить, что уже тогда, 20 лет назад, сложилось вполне аргументированное мнение о том, что требование письменной формы арбитражного соглашения больше не является оправданным³. Тем не менее, пока о всеобъемлющем его упразднении говорить не приходится: международные договоры в сфере арбитража и большинство национальных законодательств сохраняют данное требование.

В настоящей статье мы проследим изменение подхода к нормативному закреплению понятия «письменная форма» в исторической перспективе, а также рассмотрим подходы, сложившиеся в Республике Беларусь, включая современную арбитражную практику.

Нью-Йоркская конвенция

П. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции предписывает каждому Договаривающемуся Государству признавать «**письменное соглашение**, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотноше-

Нью-Йоркская конвенция – Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.)

Европейская конвенция – Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 г.)

Типовой закон ЮНСИТРАЛ – Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, принятый ЮНСИТРАЛ 21.06.1985 г.

Рекомендация ЮНСИТРАЛ – Рекомендация относительно толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Нью-Йоркской конвенции, принятая ЮНСИТРАЛ 07.07.2006 г.

ЮНСИТРАЛ – Комиссия ООН по праву международной торговли

ГК – Гражданский кодекс Республики Беларусь

Закон о МАС – Закон Республики Беларусь от 09.07.1999 г. № 279-З (ред. от 01.07.2014) «О международном арбитражном (третейском) суде»

МАС – международный арбитражный (третейский) суд

ПВТ – Парк высоких технологий

Положение о ПВТ – Декрет Президента Республики Беларусь от 21.12.2017 г. N 8 (ред. от 18.03.2021) «О развитии цифровой экономики»

ППВХС № 34 – Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23.12.2005 г. № 34 (ред. от 31.10.2011) «О подведомственности споров после уступки требования или перевода долга»

2 *Toby Thomas Landau*, ‘The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When “Written” Means “Oral”’, in Albert Jan Van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, Volume 11 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2003) pp. 22-25.

3 *См. сноску 2*, pp. 42-52.

нием, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства». Термин «письменное соглашение», согласно п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции, включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами. Таким образом, Нью-Йоркской конвенцией определено два альтернативных варианта соблюдения письменной формы арбитражного соглашения:

- подписание сторонами, или
- обмен письмами или телеграммами.

На практике, даже такие, на первый взгляд, недвусмысленные нормативные предписания подвергались различному, в некоторых случаях «креативному» толкованию государственными судами различных юрисдикций. Так, в одном деле Федеральный окружной суд Южного округа Нью-Йорка, рассматривая ходатайство о передаче дела в арбитраж (англ. “motion to compel arbitration”), истолковал п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции, как если бы между частью «арбитражную оговорку в договоре» и разделительным союзом «или» не было запятой. Таким образом, суд сделал вывод о том, что квалификация «подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами» относится только к отдельному арбитражному соглашению (т.н. “submission to arbitration”), но не к арбитражной оговорке в договоре⁴. Апелляционная инстанция, к слову, такой подход не оценила, и пришла к выводу, что требование о подписании сторонами или наличии соглашения в обмене письмами или телеграммами распространяется в равной степени на арбитражную оговорку в договоре⁵.

Европейская конвенция

Три года спустя авторы Европейской конвенции пошли несколько дальше и определили в пп. а) п. 2 ст. 1, что письменную форму арбитражного соглашения можно также считать соблюденной в случае обмена сообщениями по телетайпу. Кроме того, указанное положение специально предусмотрело, что арбитражным соглашением является «*в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, – всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами*».

При этом судебная практика свидетельствует о наличии разных подходов к толкованию данной нормы. Так, Высший земельный суд Баварии в одном деле посчитал, что пп. а) п. 2 ст. 1 Европейской конвенции «*допускает устные арбитражные соглашения только в том случае, если обе задействованные правовые системы предусматривают такую возможность. Недостаточно, чтобы только закон одной стороны или применимый арбитражный закон содержали менее строгие формальные требования*»⁶. В то же время Федеральный верховный суд Германии⁷ и Высший земельный суд Кёльна⁸ принимали во внимание национальное

4 *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, No. 95 CIV. 10506 (DLC), 24 February 1997 (S.D.N.Y. 1997).

5 *Kahn Lucas Lancaster, Inc., Plaintiff-appellee, v. Lark International Ltd., Defendant-appellant*, 186 F.3d 210, 29 July 1999 (2d Cir. 1999).

6 *Exporter (Yugoslavia) v. Importer (Germany)*, Bayerisches Oberstes Landesgericht, 4Z Sch 16/02, 12 December 2002, in Vol. XXIX, Yearbook Commercial Arbitration, pp. 761–766 (Albert Jan van den Berg ed., 2004).

7 *Austrian seller v. German (F.R.) buyer*, Bundesgerichtshof, 25 May 1970 in Vol. II, Yearbook Commercial Arbitration, p. 236 (Pieter Sanders ed., 1977).

8 *Seller v. Buyer*, Court of Appeal of Cologne (*Oberlandesgericht*), 16 December 1992, in Vol. XXI,

право государства-участника лишь одной из сторон, что представляет собой менее строгий стандарт.

Следует отметить, что, в отличие от Нью-Йоркской конвенции, в Европейской конвенции участвует лишь 31 государство (включая Республику Беларусь), в связи с чем её практическое применение весьма ограничено.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ

Новый этап эволюции требования письменной формы арбитражного соглашения ознаменовало принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ, впоследствии имплементированного в той или иной степени в 118 юрисдикциях⁹.

В ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ констатируется возможность соблюдения письменной формы арбитражного соглашения путем обмена сообщениями **с использованием иных средств связи, обеспечивающих запись такого соглашения**. Данное положение также закрепляет уже сложившуюся к тому времени (1985 г.) практику заключения арбитражных соглашений путем отсылки к разного рода стандартным формам и общим условиям, содержащим арбитражную оговорку.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ (с изменениями 2006 года) и Рекомендация ЮНСИТРАЛ

Несмотря на довольно прогрессивные для того времени положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, мир и электронные способы коммуникации развивались и возникало все больше споров, где недобросовестные ответчики пытались использовать ст. II Нью-Йоркской конвенции для оспаривания юрисдикции с очевидно «партизанскими» целями. К нескольким таким ярким примерам апеллирует и Тоби Ландау в упомянутой выше статье. Так, в августе 1999 года норвежский суд признал не соответствующей п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции, а следовательно, недействительной, арбитражную оговорку, содержащуюся в проформе чартера «Дженкон», на которую стороны сделали ссылку в договоре фрахтования. Сам договор был заключен путем обмена электронными письмами¹⁰.

Как видно, контраст между реалиями коммерческих отношений и архаичными подходами Нью-Йоркской конвенции уже в 1999 был достаточно ощутимым и проявлялся на практике. Следствием этого стали два важных события, произошедших в 2006 году.

Во-первых, был обновлен Типовой закон ЮНСИТРАЛ, причем ст. 7 была изложена в двух вариантах:

Вариант 1 существенно расширил перечень возможных способов соблюдения письменной формы арбитражного соглашения, включая:

фиксацию содержания соглашения в какой-либо форме, независимо от того, заключено ли арбитражное соглашение или договор или нет в устной форме, на основании поведения сторон или с помощью других средств,

удовлетворение требования о письменной форме арбитражного соглашения электронным сообщением.

Вариант 2 в принципе исключил необходимость соблюдения письменной формы как условие действительности арбитражного соглашения.

Yearbook Commercial Arbitration, pp. 535–541 (Albert Jan van den Berg ed., 1996).

9 С информацией о статусе Типового закона ЮНСИТРАЛ можно ознакомиться по следующей ссылке: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

10 См. сноску 2, pp. 34-42.

Во-вторых, что, на наш взгляд, является ещё более важным, была принята Рекомендация ЮНСИТРАЛ, согласно которой: 1) перечень способов соблюдения письменной формы, содержащийся в п. 2 ст. II, должен толковаться как *неисчерпывающий*, и 2) режим «наиболее благоприятного регулирования», закрепленный в п. 1 ст. VII, распространяется не только на арбитражные решения, но и на арбитражные *соглашения*.

Поскольку внесение изменений в Нью-Йоркскую конвенцию (например, в форме протокола) в доктрине категорически не поддерживалось, в качестве одного из возможных решений предлагалось принятие декларации или резолюции Генеральной Ассамблеи ООН или ЮНСИТРАЛ, со ссылкой в качестве основания на возможность аутентичного толкования международных договоров, установленной пп. а) п. 3 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров¹¹. Неудивительно, что в конечном итоге данное предложение материализовалось, ведь данный инструмент толкования действительно является гибким и, в отличие от принятия протокола к Нью-Йоркской конвенции, не причиняет «*серьезный – и возможно непоправимый – ущерб нынешней системе международного арбитража*»¹².

Закон о МАС

Применительно к белорусскому *lex arbitri*, в ст. 11 Закона о МАС содержится формулировка, практически идентичная ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ без изменений, принятых в 2006 году, что, полагаем, свидетельствует о предпочтении отечественным законодателем консервативного подхода и применении к арбитражному соглашению норм материального права Республики Беларусь (прежде всего ГК) только «с учетом его специфики и в той части, в которой соответствующие вопросы не урегулированы в Законе о МАС»¹³.

В то же время последняя практика показывает, что возможен и иной, более про-арбитражный подход к толкованию Закона о МАС и оценке соблюдения письменной формы арбитражного соглашения. Проиллюстрируем это на примере одного из дел Международного арбитражного суда при БелТПП, в ходе рассмотрения которого был разрешен вопрос о соблюдении письменной формы арбитражного соглашения в следующей, весьма распространённой в современных реалиях ситуации.

Ситуация

Предметом юрисдикционного спора стало арбитражное соглашение между резидентом ПВТ (**Истец**) и иностранным заказчиком (**Ответчик**) в виде арбитражной оговорки в типовых Условиях оказания услуг (Terms of Service), размещенных на сайте Истца, согласие с которыми выражено Ответчиком при регистрации учетной записи и создании личного кабинета на Интернет-платформе путем клика и перехода по соответствующей гиперссылке.

Позиция Истца

Истец в обоснование действительности арбитражного соглашения сослался на п. 3 ст. 404, п. 3 ст. 408 ГК и ч. 4 п. 21 Положения о ПВТ, позволяющие считать **простую письменную форму сделки**, в том числе внешнеэкономической, совершаемой с участием резидента ПВТ, соблюденной, если:

- предложение заключить договор, в том числе в виде программного кода, электронного или иного сообщения, сделанного с использованием элек-

11 См. сноску 2, р. 80.

12 См. сноску 2, р. 65.

13 Международный коммерческий арбитраж: пособие / А. И. Анищенко [и др.] ; под ред. У.Хелльманна, С. А. Балашенко, Т. В. Сысуева. – Минск: Изд. центр БГУ, 2017. – С. 69.

тронной или иной связи, информационных систем или информационных сетей (включая публичную оферту, пользовательское соглашение, общие условия сотрудничества и иные документы (информация), программный код, размещенные в открытом доступе в глобальной компьютерной сети Интернет, содержащие существенные условия договора и предложение заключить договор на указанных условиях с любым, кто отзовется, независимо от наличия в таких документах (информации) подписи, электронной цифровой подписи),

▪ принято путем совершения лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.д.) или иным способом, установленным актами законодательства или предложением заключить договор, независимо от наличия в таком предложении подписи, в том числе электронной цифровой подписи, если обстоятельства заключения договора позволяют определить, что оно исходит от стороны по договору.

Позиция Ответчика

Ответчик, признавая существование прогрессивного про-арбитражного подхода, отраженного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ с изменениями 2006 года и реализованного во многих зарубежных юрисдикциях, тем не менее опирался на буквальное толкование ст. 11 Закона о МАС и заявил о следующем.

Во-первых, арбитражное соглашение недействительно ввиду несоблюдения письменной формы. Формальная действительность арбитражного соглашения должна оцениваться исключительно с точки зрения ст. II Нью-Йоркской конвенции и ст. 11 Закона о МАС, содержащей закрытый перечень способов заключения арбитражного соглашения в письменной форме. Указанные нормы не позволяют говорить о соблюдении письменной формы арбитражного соглашения в случае акцепта публичной оферты в сети Интернет, содержащей арбитражную оговорку, посредством совершения конклюдентных действий, включая переход по гиперссылке.

Во-вторых, нормы ГК и Положения о ПВТ не применимы, поскольку они регулируют исключительно материальные правоотношения, в то время как арбитражное соглашение является особым *sui generis* соглашением, создающим процессуальные права и обязанности. В подтверждение данного тезиса Ответчик сослался на ч. 2 п. 3 ППВХС № 34, подчеркнувшее именно процессуальный характер арбитражного соглашения.

В качестве альтернативного аргумента Ответчик заявил, что даже в случае потенциального применения ГК и Положения о ПВТ, данные акты не могут отменять или изменять специальные требования к письменной форме арбитражного соглашения, императивно сформулированные в ст. II Нью-Йоркской конвенции и ст. 11 Закона о МАС. В подтверждение данного тезиса Ответчик сослался на ч. 3 п. 1 ст. 161 ГК и ч. 2 п. 2 ст. 404 ГК, согласно которым «[в] случаях, предусмотренных законодательными актами, допускаются только определенные ими способы заключения договора в простой письменной форме»).

Позиция МАС при БелТПП

Определение состава арбитража и постановление Президиума МАС при БелТПП констатировали следующее.

Во-первых, Нью-Йоркская конвенция отдает безусловный приоритет нормам *lex arbitri* в определении действительности арбитражного соглашения по форме и содержанию. В силу п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции, а также с учетом Рекомендации ЮНСИТРАЛ, применение к форме арбитражного соглашения норм Положения о ПВТ, предъявляющих меньше формальных требований к заключаемым сделкам, чем Закон о МАС, не только соответствует законодательству Республики Беларусь, но и сочетается с современными тенденциями развития международного коммерческого арбитража. Таким образом, для оценки соблюдения письменной формы арбитражного соглашения подлежат применению положения о письменной форме сделок, закрепленные нормами применимого материального права Республики Беларусь.

Во-вторых, указанные в ст. 11 Закона о МАС способы заключения арбитражного соглашения являются частными случаями соблюдения письменной формы арбитражного соглашения, соответственно ч. 3 п. 1 ст. 161 ГК и ч. 2 п. 2 ст. 404 ГК не применимы. Нормы п. 21 Положения о ПВТ, в свою очередь, применимы к арбитражному соглашению и развивают требование о письменной форме, предъявляемое к арбитражному соглашению ч. 2 ст. 11 Закона о МАС.

Резюме

Безусловно, подход МАС при БелТПП является прогрессивным и вселяет, среди прочего, надежду на «про-арбитражное» будущее отечественного законодательства о международном коммерческом арбитраже. В то же время, учитывая его консервативное настоящее, представляется критически важной, но пока остается неясной позиция по данному вопросу экономических судов Республики Беларусь.

В ситуации, когда применение прогрессивных положений материального права Республики Беларусь к соблюдению простой письменной формы сделки, направленных на стимулирование развития цифровой экономики, вступает в потенциальный конфликт с буквальными формулировками п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции и норм *lex arbitri*, логичным и надежным инструментом устранения этой правовой неопределенности представляется обновление Закона о МАС и его адаптация к современным реалиям цифровизации делового оборота.