

Р. 84. Цит. по Конституции зарубежных государств. – М., 1997. – С. 80. **8.** *The Public General Acts and Church Assembly Measures.* 1963. – L., 1964. – P. 1290. Цит. по Конституции зарубежных государств. – М., 1997. – С. 82. **9.** Конституции зарубежных государств. – М.: БЕК, 1997. – С. 74. **10.** Крылова Н.С. Английское государство / Крылова Н.С. – М., 1981; Уолкер Р. Английская судебная система / Уолкер Р. – М., 1980; Романов А.К. Правовая система Англии / Романов А.К. – М.: Дело, 2000; Шаповал В.Н. Британская конституция. Политико-правовой анализ / Шаповал В.Н. – К.: Лыбидь, 1991; Бромхед П. Эволюция британской конституции / Бромхед П. – М.: Юрид. лит., 1978; Вейш Я.Я. Религия и церковь в Англии / Вейш Я.Я. – М.: Наука, 1976; Дженкс Э. Английское право / Дженкс Э. – М.: Госюриздат, 1947; Уэйд Э.К.С. Конституционное право / Э.К.С. Уэйд, Д.К. Филлипс. – М.: Иностран. лит., 1950.

УДК 341.6

Г. Є. ПРУСЕНКО

«ПАТОЛОГІЧНІ» УМОВИ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ

Стаття присвячена проблемі «патологічних» умов арбітражної угоди в міжнародному комерційному арбітражі, що виникають у результаті надмірного врегулювання під час укладання угоди або надмірної творчості сторін у процесі формулювання нетипового арбітражного застереження. Найбільш поширеними «патологічними» умовами арбітражної угоди є відсутність в угоді умов щодо юрисдикції арбітражного суду, підсудності спору арбітражу, відсилання до арбітражного інституту, який припинив своє існування, або неіснуючому арбітражному інституту, невірне визначення сфери дії арбітражної угоди.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, «патологічне» арбітражне застереження, дефектність арбітражної угоди, арбітражний розгляд, виконуваність арбітражних застережень.

Прусенко Г.Є. «Патологические» условия арбитражного соглашения

Статья посвящена проблеме «патологических» условий арбитражного соглашения в международном коммерческом арбитраже, которые возникают в результате чрезмерного урегулирования во время заключения соглашения либо чрезмерного творчества сторон в процессе формулирования нетиповой арбитражной оговорки. Наиболее распространенными «патологическими» условиями арбитражного соглашения являются отсутствие в соглашении условий касательно юрисдикции арбитражного суда, подсудности спора арбитражу, отсылки к арбитражному институту, который прекратил свое существование, либо несуществующему арбитражному институту, неверное определение сферы действия арбитражного соглашения.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, «патологическая» арбитражная оговорка, дефектность арбитражного соглашения, арбитражное разбирательство, исполнимость арбитражных оговорок.

Prusenko Galyna. "Pathological" conditions of arbitration agreement

The present article is concerned with problem of "pathological" conditions of arbitration agreement in the international commercial arbitration that arise as result either of excessive adjustment during conclusion of an agreement or of excessive parties' creativity during the process of formulating an atypical arbitration clause. The absence of the conditions regarding the jurisdiction of arbitral tribunal, the arbitration tribunal jurisdiction regarding certain

dispute, reference either to the arbitration institution that has ceased to exist, or to non-existent arbitral institution, the incorrect definition of the arbitration agreement scope are the most common "pathological" conditions of arbitration agreement.

Key words: *international commercial arbitration, arbitration agreement, "pathological" arbitration clause, defectiveness of arbitration agreement, arbitration trial, enforceability of arbitration clauses.*

Численні рекомендації відомих спеціалістів у галузі міжнародного комерційного арбітражу радять уникати, у випадках передачі сторонами своїх спорів у інституційні арбітражі, самостійного формулювання умов арбітражної угоди і використовувати для цього так звані «типові» арбітражні застереження. Основна аргументація даного правила пов'язані з чітким тлумаченням в арбітражній угоді тих її умов, які визначають її виконуваність, без яких говорять про «дефекти» арбітражної угоди або про наявність так званої «патологічної» арбітражної угоди¹.

Ряд проблем, що стосуються основного елементу міжнародного комерційного арбітражу, арбітражної угоди – й досі залишаються невирішеними. Зокрема, дослідники арбітражної угоди (Л. Винокурова, Т.Г. Захарченко, В.В. Комаров, З. Литвиненко, О. Перепелинська, В. Погорецький, Т.В. Сліпачук, Ю. Черних) торкаються проблеми «патологічних» («дефектних») арбітражних застережень, що виникають у результаті надмірного врегулювання під час укладання угоди або надмірної творчості сторін у процесі формулювання нетипового арбітражного застереження. Проблема пошуків шляхів уникнення «патології» арбітражного застереження не отримала достатньої наукової рефлексії, що призводить до виникнення нових теоретичних і практичних питань, які потребують дослідження.

«Патологічне» арбітражне застереження можна визначити як арбітражне застереження, сформульоване таким чином, що ускладнює або унеможливорює достовірне встановлення волевиявлення сторін та унеможливорює або надзвичайно ускладнює виконання арбітражного застереження.

Умови арбітражної угоди, що стосуються різних етапів розгляду спорів міжнародним комерційним арбітражем, складають зміст арбітражної угоди. Перш за все, вони дозволяють встановити наявність волевиявлення сторін з розгляду спору, що виникнув, у арбітражі, визначити компетентний арбітражний орган з розгляду спору, виключити можливість оспорування компетенції арбітражу та мінімізувати проблеми, пов'язані з виконанням арбітражного рішення².

«Патологічні» умови 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 механізми вирішення спору або два різних регламенти. Як наголошується в юридичній літературі, патологічні арбітражні застереження часто виникають зі спроб поліпшити типові арбітражні застереження, але результат зазвичай буває прямо протилежним³.

В. Погорецький сформулював перелік найпоширеніших помилок «патологічних» арбітражних застережень, серед яких відсутність посилання на *lex arbitri*, укладення арбітражної угоди в усній формі, передбачення арбітражу в арбітражному застереженні в якості факультативного виду вирішення спору, відсилання до неіснуючого інституту або інституту що припинив існування, відсутність в арбітражній угоді вказівки щодо кількості арбітрів або процедури їх призначення, неправильне найменування органу, що призначає арбітрів, обов'язковість проведення медіації або погоджувальної процедури, конкурування правил

арбітражного застереження з національним публічним порядком або міжнародним публічним порядком, невдале обрання місця арбітражу або *lex arbitri*, укладення арбітражної угоди, що суперечить регламенту арбітражного інституту, до якого вона відсилає, неправильне визначення сфери арбітражної угоди, описки та пропуски фрагментів тексту в арбітражній угоді, помилки в юридичній термінології арбітражної угоди, неврегульованість питання щодо мови арбітражного процесу, наявність у арбітражній угоді положень, що не відповідають вимогам зміненого законодавства, укладання двостороннього арбітражного застереження в багатосторонньому правовідношенні⁴.

Питання «патології» арбітражної угоди пов'язано в науці з проблемою неможливості виконання арбітражної угоди як самостійної підстави недійсності арбітражної угоди. О.Ю. Скворцов зазначає, що «патологічними» арбітражними угодами (застереженнями) слід вважати такі недоліки в угоді сторін про передачу спорів у арбітраж, які призводять до її недійсності⁵.

У роз'ясненні Президіуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду спорів за участю іноземних підприємств і організацій» № 04-5/608 від 31 травня 2012 року (далі – Роз'яснення Вищого господарського суду) зазначається, що арбітражна угода не може бути виконана, якщо сторони неправильно виклали назву третейського суду або зазначили неіснуючий арбітражний інститут.

Відповідно до пункту 5 Роз'яснення Вищого господарського суду господарським судам слід враховувати, що сторони зовнішньоекономічного договору мають право передбачити у ньому або шляхом укладення окремої угоди (арбітражна умова, арбітражне застереження) передачу спорів, що виникають з такого договору, на вирішення третейського суду (постійно діючого або створеного для вирішення конкретного спору – *ad hoc*). Ця домовленість повинна чітко визначати, який саме орган вирішення спорів обрали сторони: Міжнародний комерційний арбітражний суд, Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України або інший третейський суд в Україні чи за кордоном.

У випадку наявності у зовнішньоекономічному договорі арбітражної угоди, якщо визначить, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана, господарський суд може порушити провадження зі справи.

З огляду на те, що міжнародній практиці відомі два види міжнародного комерційного арбітражу – інституційний (постійно діючий) арбітраж та арбітраж *ad hoc*, що організується сторонами та непов'язаний з певною арбітражною установою, формулювання під час укладення арбітражної угоди будуть різними.

Враховуючи Роз'яснення Вищого господарського суду України, з метою забезпечення виконаності арбітражної угоди, що передбачає розгляд справи в конкретній арбітражній інституції, необхідно детально вказати її повне найменування (наприклад, Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати). Якщо в угоді передбачений розгляд спорів у арбітражі *ad hoc*, варто чітко встановити порядок призначення арбітрів, кваліфікаційні вимоги до них, порядок арбітражної процедури.

Прикладом «патологічного» арбітражного застереження, в якому не було дотримано зазначених вимог, є: «Усі спори з договору підлягають вирішенню арбітражем у Франції». Невиконаність такого арбітражного застереження впливає з того, що воно не містить ані вказівки на компетентну арбітражну інституцію, ані порядку призначення арбітрів для розгляду справи у арбітражі *ad hoc*.

Водночас, варто зазначити, що Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж від 21 квітня 1961 року (далі – Європейська конвенція) передбачає порядок визначення питань, неврегульованих у арбітражній угоді. Зокрема,

в статті 4 Європейської конвенції встановлений порядок звернення сторони, зацікавленої у проведенні арбітражного розгляду спору, за допомогою до визначених у статті суб'єктів.

Згідно зі статтею 1 Європейської конвенції вона застосовується до арбітражних угод як фізичних, так і юридичних осіб, які на момент укладення такої угоди мають постійне місце проживання або відповідно своє місцезнаходження у різних державах-учасниках Європейської конвенції, про вирішення в порядку арбітражу спорів, що виникають під час здійснення операцій у сфері зовнішньої торгівлі, та до арбітражних процесів і рішень, заснованих на таких угодах.

Суб'єктами, які можуть заповнити відсутні умови арбітражної угоди, можуть виступати, згідно з положеннями статті 4 Європейської конвенції, арбітр (арбітри), призначені сторонами, голова компетентної торгової палати країни, у якій на момент подання прохання щодо передачі справи до арбітражу проживає або має своє місцезнаходження сторона, що не призначила арбітра, або проживає або має своє місцезнаходження відповідач, Спеціальний комітет. Використання механізму статті 4 Європейської конвенції дозволяє виконати навіть такі невиконані арбітражні угоди, в яких сторони домовилися у цілому про арбітражний розгляд спорів, не зазначивши навіть вид арбітражу, тобто може бути шляхом інтерпретації «патологічної» арбітражної угоди.

Зокрема, згідно з положеннями частини шостої статті 4 Європейської конвенції, якщо в арбітражній угоді не міститься вказівок стосовно того, яким із видів арбітражу – постійно діючим або *ad hoc* – має бути вирішений спір між сторонами, і якщо сторони не дійшли згоди з цього приводу, позивач може направити прохання про вирішення цього питання. Голова торгової палати або Спеціальний комітет можуть або відіслати сторони до постійного арбітражного органу, або їм наказати призначити своїх арбітрів у строк, зазначений головою торгової палати або Спеціальним комітетом, та застосувати у цей самий строк заходи, необхідні для здійснення арбітражного розгляду спору.

Компетентні торгові палати та інші органи визначаються державами-учасниками Європейської конвенції та зазначаються у списку до Європейської конвенції. В Україні компетентною торговою палатою є Торгово-промислова палата України.

Відтак, застосування умов Європейської конвенції надає можливості для виконання деяких «патологічних» арбітражних застережень, може забезпечити розгляд спору міжнародним комерційним арбітражем навіть тоді, коли умови арбітражної угоди містять значні «дефекти», що призводять до фактичної невиконаності арбітражної угоди.

Водночас, необхідно зазначити, що перелік держав-учасниць Європейської конвенції є невеликим і станом на 1 липня 2013 року становить 31 країну.

Юристи міжнародної юридичної компанії K&L Gates Пітер Мортон, Луї Дего та Крістофер Танг наводять ряд прикладів «патологічних» арбітражних застережень. Зокрема, наступні⁶:

1. Недбале багаторівневе арбітражне застереження (недолік ясності щодо того, коли розпочинаються та закінчуються стадії, чи стадії є додатковими, чи ні):

«Спори мають бути передані до арбітражу відповідно до Правил примирення та арбітражу Міжнародної торгової палати...; спори, які можуть бути вирішені шляхом примирення мають бути перш за все передані на процедуру примирення».

«Сторони мають намагатися вирішити спір шляхом примирення так довго, доки одна зі сторін не переконається в тому, що врегулювання шляхом медіації можливе, після чого сторони мають передати спір на розв'язання в порядку обов'язкового арбітражу».

«До будь-якого судового розгляду, сторони мають подати їх спори до арбітражного суду у складі трьох арбітрів, з якого кожна сторона призначить арбітра на свій вибір протягом восьми днів із дати подання запиту найбільш відповідальною стороною. У випадку, якщо арбітри не досягнуть згоди щодо кандидатури третього арбітра, останній має бути призначений Президентом Комерційного Суду Версаля.

Якщо будь-яка погоджувальна процедура можлива з приводу застосування даного договору, лише Комерційний Трибунал Версалю є правомочним».

1. Надання занадто детального уточнення стосовно кваліфікації арбітрів:

«Сторони мають призначити арбітра зі знанням китайської мови, французькою вищою юридичною освітою та обізнаністю з договорами в сфері будівництва Середнього Сходу».

2. Іменування конкретної особи в якості арбітра, яка наразі хвора або відмовляється виконувати функцію арбітра у справі.

3. Іменування конкретної особи в якості арбітра, яка завжди призначається.

«Усі спори, що виникають з тлумачення, чинності, виконання та особливо, але не тільки, з прав субпідрядника з приводу оплати та припинення дії договору [...] мають бути передані на арбітражний розгляд, відповідно до положень цієї статті та статей 1442 і наступних нового Цивільного процесуального кодексу.

Одноосібний арбітр як склад арбітражного суду призначається кожен раз відповідно до Конкретних Умов». Зазначені Конкретні Умови відсилають до цитованої статті 30 Особливих Умов, та регламентують, що спір має бути переданий до арбітражу на розгляд до одного з нижчезазначених арбітрів: містеру А., або містеру Б., або містеру С., або містеру Д».

4. Укладення неповного арбітражного застереження, що ускладнює доступ до правосуддя:

«Якщо, протягом строку цієї угоди або згодом, сумнів, конфлікт або спір між сторонами виникне через тлумачення або виконання цієї угоди або з будь-якого іншого предмету стосовно цієї угоди, або щодо прав і обов'язків сторін, які випливають з цієї угоди, або у випадку, якщо жодної згоди не було досягнуто альтернативним методом вирішення спору, цей сумнів, конфлікт або спір має бути вирішений шляхом арбітражу. Кожна сторона має призначити арбітра. Якщо ці арбітри не вирішать спор за взаємної згоди, або якщо вони не домовляться щодо кандидатури третього арбітра, Президент Міжнародної торгової палати в Парижі має призначити третього арбітра. Рішення арбітражного суду, утвореного таким чином, буде остаточним і обов'язковим для сторін».

5. Ненавмисні обмеження щодо мети застереження.

«Усі спори, що виникають з виконання цього контракту, та протягом строку дії цього контракту, мають бути передані до арбітражного суду».

«Усі спори мають бути вирішені шляхом арбітражу відповідно до Правил примирення та арбітражу Міжнародної торгової палати, а що стосується спорів, які можуть бути вирішені шляхом примирення, сторони, перш за все, мають передати спір на процедуру примирення».

6. Наведення назви установи, яка має адмініструвати арбітраж, або призначити арбітрів, де арбітраж не існує, неправильно названий або відмовляється розглядати справу.

«Усі спори або розбіжності, що виникають з даної угоди, які не можуть бути вирішені дружньо, будуть передані до арбітражу до Торгової палати Бухаресту (Chamber of Commerce of Bucharest) або Арбітражної комісії Міжнародної торгової палати в Парижі».

Варто зазначити, що Торгової палати Бухаресту не існує та укладачі арбітражної угоди, відповідно, мали на увазі Бухарестську торгово-промислову палату (Bucharest Chamber of Commerce and Industry) або Chamber of Commerce and Industry of Romania (Торгово-промислову палату Румунії). Що стосується Арбітражної комісії Міжнародної торгової палати, то її функцією є розробка та перегляд різноманітних правил Міжнародної торгової палати. З огляду на це, можна зробити висновок, що при укладенні арбітражного застереження йшлося про Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати.

«Якщо Продавець подасть до суду на Покупця, сторони звернуться до юрисдикції суду Торгової палати в місті Покупця. Якщо в місті Покупця не існує Торгової палати, або існує декілька Торгових палат, сторони мають звернутися до юрисдикції Арбітражного суду (Court of Arbitration) Міжнародної торгової палати в Парижі та керуватися під час вирішення спорів Правилами цієї Торгової палати (Rules of this Chamber of Commerce)».

Наведене арбітражне застереження містить одразу декілька «патологічних» умов. По-перше, сторони, ймовірно, мали на увазі не Арбітражний суд Міжнародної торгової палати, а Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати (International Court of Arbitration). По-друге, мова йде про Правила примирення та арбітражу Міжнародної торгової палати (Rules of Conciliation and Arbitration of ICC), а не про Правила Міжнародної торгової палати. Крім того, формулювання «місце Покупця» потребує уточнення з урахуванням критерію найбільш тісно-го зв'язку у сучасному міжнародному приватному праві.

1. Встановлення невинувато коротких термінів для дій арбітражного суду.

«Винагорода має бути видана у трьохмісячний строк з дати арбітражної угоди. Цей строк може бути збільшений у чотири рази, якщо обидві сторони погодилися на це».

2. Встановлення суперечливих або неясних процедур.

«Спори, наведені нижче, мають бути передані до арбітражу, щоб бути розглянутими арбітрами, призначеними Торговою палатою в Женеві у відповідності до арбітражної процедури, встановленої Цивільним кодексом Венесуели та Цивільним кодексом Франції, з урахуванням права місця арбітражу».

3. Неefективні включення до арбітражного застереження шляхом посилення.

В.В. Хвалеї наполягає на тому, що патологічними умовами арбітражної угоди можна вважати лише такі, що призводить до неможливості виконання арбітражної угоди (наявність вказівки на неіснуючий арбітражний інститут, внутрішні протиріччя тексту арбітражної угоди, відсутність компетенції арбітражного інституту зі спору, переданого на його розгляд, неможливість розгляду справи зазначеними у арбітражній угоді арбітрами)⁷.

Сінгапурський юрист Даріус Чан у статті «Утворення гібридного арбітражу через «патологічне» арбітражне застереження»⁸ наводить приклад спору між NKL Group Co Ltd та Rizq International Holdings Pte Ltd, стосовно якого до Сінгапурського суду у 2013 році звернулися з проханням надати відстрочку справі на користь арбітражному розгляду згідно з Законом Сінгапуру про міжнародний арбітраж [Singapore International Arbitration Act у редакції 2002 року – Г.П.]. Одним із двох проблемних питань у справі була «дефектність» арбітражного застереження. Застереження було укладене наступним чином: «Будь-який спір має бути вирішений шляхом дружніх переговорів між двома сторонами. У випадку, якщо обидві сторони не зможуть досягнути дружнього порозуміння, всі спори, пов'язані з контрактом, мають бути вирішені Арбітражним Комітетом у Сінгапурі

за правилами Міжнародної торгової палати, відповідно до яких винагорода має бути остаточною та обов'язковою для обох сторін. Арбітражний гонорар та інші пов'язані витрати мають бути сплачені стороною, що програла спір, якщо тільки сторони не погодяться щодо іншого».

«Патологією» («патологічною» умовою) наведеного застереження є назва арбітражу, оскільки не існує Арбітражного Комітету у Сінгапурі [ймовірно, йшлося про Сінгапурський Міжнародний Арбітражний Центр – Г.П.]. Одна зі сторін, HKL, стверджувала, що арбітражне застереження є настільки «патологічним», що виконання його неможливе, оскільки воно посиляється на неіснуючу арбітражну установу. Rizq, з іншого боку, наполягав на тому, що суд має керуватися принципом ефективного тлумачення та визначити, що наміром сторін є вирішення спору шляхом арбітражу у Сінгапурі.

Сінгапурський суд виніс наступне рішення у справі: «Патологію було б легко подолати, якщо б існував Національний Комітет у Сінгапурі, та якщо б посилання на правила Міжнародної торгової палати були б настійною вказівкою для арбітражу Міжнародної торгової палати, адміністрованому Національним Комітетом... Але, не існує жодного Національного Комітету Міжнародної торгової палати, який мав би повноваження адмініструвати арбітраж Міжнародної торгової палати в Сінгапурі, і посилання на правила Міжнародної торгової палати не підтримує суд у застосуванні принципу ефективного тлумачення». Водночас, державний суд визнав застереження виконуваним і дозволив розгляд за такої умови: «Я встановлюю обов'язок сторін дотриматися умови, відповідно до якої сторони мають отримати згоду Сінгапурського Міжнародного Арбітражного Центру або будь-якої іншої арбітражної інституції Сінгапуру для того, щоб провести гібридний арбітраж, використовуючи правила Міжнародної торгової палати».

Враховуючи викладене, найбільш поширеними «патологічними» умовами арбітражної угоди є відсутність в угоді умов щодо юрисдикції арбітражного суду, підсудності спору арбітражу, відсилання до арбітражного інституту, який припинив своє існування, невірне визначення сфери дії арбітражної угоди.

1. *Международный коммерческий арбитраж* / [под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова]. – СПб., М., Берлин: Infotropic Media, 2012. – С. 118. 2. *Николюкин С.В.* Международный коммерческий арбитраж / Николюкин С.В. – М.: ЮСТИЦИНФОРМ, 2010. – С. 103. 3. *Винокурова Л.* Арбітражна угода: теоретичні питання, що мають практичне значення [Електронний ресурс] // Юридична газета. – 2004. – № 13 (25). – Режим доступу: URL: <http://www.yur-gazeta.com/issue/25>. 4. *Комаров В.В.* Международный коммерческий арбитраж / В.В. Комаров, В.Н. Погорецкий. – Х.: Право, 2009. – С. 63-73; *Погорецкий В.* Теорія «патології арбітражного застереження» [Електронний ресурс] // Юридичний радник. – 2008. – № 1. – Режим доступу: <http://www.stride.com.ua>. 5. *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы / Скворцов О.Ю. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 366. 6. *Morton P.* Common Pitfalls in Drafting and Negotiating Dispute Resolution Clauses and How to Avoid Them / *Morton P., Degos L., Tung C.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.klgates.com/files/upload/Arbitration_Webinar_4.pdf. 7. *Хвалей В.В.* Как убить арбитражное соглашение / В.В. Хвалей // Третейский суд. – 2003. – № 5. – С. 61. 8. *Chan D.* The creation of a hybrid arbitration from a pathological arbitration clause. Singapore Law Watch Commentary / *D. Chan* [Електронний ресурс] // Singapore Law Watch. – February 2013. – Issue 1. – Режим доступу: <http://singaporelawwatch.com>.