

Избранные дела международной частноправовой практики коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры»

Дерогационный эффект арбитражной оговорки

Выступление на научно-практической конференции «Международный коммерческий арбитраж в России в условиях глобализации экономического развития», посвященной 15-летию Закона о международном коммерческом арбитраже РФ и 50-летию Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркской конвенции), 17 октября 2008 г.

*Монастырский Ю.Э.**

1. Важность арбитража. Конвенция ООН 1958 г.

Дамы и господа!

Арбитраж – наиболее оптимальное средство решения самых сложных проблем наших клиентов на основе передовых стандартов улаживания споров. Уровень арбитражной процедуры и урегулированность вопросов её функционирования создают среду и для наших профессиональных услуг. Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, подписанная в далёкие 50-е годы, – лаконичный и выверенный документ, усиливший правовые начала системы альтернативного разрешения международных коммерческих конфликтов посредством специалистов, а не судей, вероятно, с идеей сближения участников экономических связей, преодоления различного рода недоверия между ними.

* Монастырский Юрий Эдуардович – к.ю.н., партнер юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры».

Значение Конвенции с годами возрастает, т.к. усиливается роль международного коммерческого арбитража. Как мы, практикующие юристы, понимаем, цель Конвенции – установить работающий баланс компетенций государственных органов и третейских трибуналов, судов и арбитражей, определить основные принципы судебного контроля, с тем, однако, чтобы также учитывалась степень готовности национальных правовых систем; а также внедрить механизм, по которому гос. суды могли бы быть заинтересованы в передаче в арбитраж всё больше сложных дел, разгружая себя.

2. Отсутствие консенсуса между органами, разрешающими споры

В Российской Федерации международный коммерческий арбитраж имеет долгую уникальную традицию, заслуженный авторитет и хорошую правовую основу. Закон о международном коммерческом арбитраже был принят не так поздно, в начале 90-х годов. Однако продолжительное время положение процедуры третейского рассмотрения международных экономических споров у нас характеризуется отсутствием консенсуса между судами и арбитражами по самым главным вопросам, которые регулирует Конвенция. Я не хотел сказать, что у нас плохие суды. Во-первых, так вопрос ставить нельзя. Правовая реальность такова, что кроме авторитетного МКАС им приходится иметь дело с малоизвестными арбитражами, решения которых используются и для захвата предприятий, и для фиктивных преюдиций, и т.д. Необходимо сохранять повышенный судебный контроль в рамках правовых формул Конвенции, используя единые подходы по отношению ко всем третейским трибуналам, работающим по Закону о международном коммерческом арбитраже.

Для международного бизнес сообщества не так важна сама широкая компетенция третейских судов, как определённость, предсказуемость правового взаимодействия органов государственной и частной юрисдикции. На фоне сказанного неурегулированность, причем в течение чрезвычайно долгого времени, главнейших вопросов о правах и обязанностях арбитража приводит к тому, что крупные споры с российским участием рассматриваются за границей. Создаётся невозможно непродуктивная ситуация, когда самые сложные операции клиентов, требующие творческой работы юридической мысли, дают пищу для развития только иностранного права и юридической практики,

а мы оказываемся не у дел. Отсутствие материала, требующего сложного юридического сопровождения, ведёт к тому, что для совершенствования правовой доктрины и законотворчества не возникает адекватных импульсов.

Развивающийся российский рынок – благодатная среда для смелых крупных проектов и самой активной правовой деятельности. Я и мои коллеги, практикующие юристы, кровно заинтересованы быть включенными в процессы, о которых я говорил. И в своём выступлении я хотел бы остановиться на наших рекомендациях как некоторые важные проблемы международного коммерческого арбитража можно попробовать урегулировать или решить применительно к ст. II Конвенции о дерогационном эффекте арбитражной оговорки.

3. Толкование статьи II Конвенции

Пункт 3 ст. II Конвенции содержит важнейшие условия, когда суд обязан изъять спор из компетенции арбитража, если оговорка недействительна, утратила силу или не может быть исполнена. Каким будет правильный метод уяснения важных правовых терминов? Наша позиция заключается в том, что это нужно делать в соответствии с волей стран-членов ООН, а именно так, как это выражено еще и на других языках, потому что хотя русский текст и аутентичен, он не может быть самодостаточным, поскольку сильно отличается от того, что зафиксировано на английском и французском языках. Начнём с “*inoperative or not capable of being performed*”. Нам кажется, что эквивалентом порусски будет «неисполнимость», «нереализуемость» арбитражной оговорки в объективном, а затем и в субъективном смысле. Мы полагаем, что суд, решая вопрос отдавать ли спор на рассмотрение дорогостоящего заграничного арбитража, должен также принимать во внимание не только то, что, например, назван несуществующий третейский институт, но и самые разные препятствия к получению доступа к правосудию, в том числе финансовую несостоятельность сторон.

Наш перевод содержит такое понятие, как «утрата силы». Трудно себе представить случай, когда арбитражная оговорка утрачивает силу, учитывая доктрину её универсальной автономности. Рассмотрим случаи наличия в ней отменительного условия, либо если она была прекращена соглашением сторон. Даже тогда выделять это условие в п. 3 ст. II Конвенции было бы излишним, т.к. для этого достаточно действия норм национального договорного права. Логика заключается в том,

что совокупный смысл российской формулировки должен выводиться не из внутреннего закона, а из сопоставления с терминами на других языках, если он не ясен на основании Венской конвенции 1969 г. О праве международных договоров. Её п. 4 ст. 33 говорит о приоритете того значения, которое «лучше всего согласовывает тексты» на аутентичных языках.

Иллюстрация: русский текст говорит о «дееспособности» (пп. а п. 1 ст. V Конвенции) сторон, а нужно исходить из смысла этого понятия как «правоспособности» на базе совокупного анализа текстов на других языках (*incapacity, incapacité*). По этой же причине, дамы и господа, недействительность, как Вы видите из сравнения вариантов, нужно понимать как ничтожность, а это уже имеет огромное практическое значение, если одна из сторон ссылается на какие-либо пороки воли в российском государственном суде. Почему?

4. Применимое к п. 3 ст. II Конвенции право

Потому что мы полагаем, что российский суд, в который обратились стороны, при наличии арбитражной оговорки должен исследовать все её дефекты именно по *lex fori*, по своему праву, а не *lex arbitri*, хотя известно, что многие уважаемые представители арбитража высказываются за *lex arbitri*. В российском гражданском праве недействительность из-за пороков воли требует установления её посредством иска. Это же справедливо для случаев неуполномоченности представителей. Таким образом, руководствуясь *lex fori*, суд обязан проверить лишь форму и соответствие закону арбитражной оговорки, что в принципе существенно сужает основания для отказа от передачи дела в арбитраж. Закон суда подлежит применению на основании п. 2 ст. 1186 ГК РФ. Мы считаем, что требование о недействительности арбитражной оговорки с целью рассмотрения дела в российском суде наиболее тесно связано с РФ. Иного статутного указания либо международной коллизионной нормы не имеется, кроме правового положения в Европейской конвенции 1961 г., если оно применяется (п. 2 ст. VI), т.е. начата арбитражная процедура и субъекты происходят из стран-участниц.

5. Арбитрабельность

Перехожу к самому дискуссионному вопросу об арбитрабельности, где у специалистов, судей, ученых наблюдаются самые значительные разногласия. Мы, практикующие юристы, видим свою задачу

в том, чтобы предложить идеи, которые могли бы примирить различные на сей счет точки зрения. Нужно признать, дамы и господа, что и в данном случае эта наиболее сложная проблема берёт начало в формулировках Конвенции на различных языках ООН (русском, китайском, испанском, английском, французском).

Начнём с русского языка. Пункт 1 говорит: необходимо, чтобы спор касался «конкретного правоотношения, объект которого может быть предметом рассмотрения» в третейском трибунале. Возникает ассоциация о каком-то одном требовании, по отношению к имуществу как к объекту гражданских прав, и что есть разновидность объектов, юридическая судьба которых арбитражем может рассматриваться, но могут быть изъятия. В английском перевод говорит о том, что дело, совокупность вопросов, возбуждённых перед арбитражем, должна входить в его компетенцию. Мы понимаем, что именно в этом коренится источник недоразумений разного рода, потому что если мы говорим об объективной неарбитрабельности, в отличие от субъективной, то она необязательно очевидна, и может возникать в ходе разбирательства, в котором является необходимость задействовать такие публично-правовые нормы (причем необязательно сверхимперативные), которые арбитраж применить не в состоянии. Например, сторона требует платежа за оказанные услуги, а другая утверждает, что основанием платежа является финансирование взятки. Заявляется иск, исполнение по которому нарушает нормы конкурентного права и пр. Арбитраж может применять нормы публичного права, если суды ему доверяют. Когда такое взаимодействие не сложилось, неарбитрабельность может толковаться широко. В западных правовых системах, в Евросоюзе арбитражу доверяют дела о банкротстве, конкуренции и пр. Там сформировано самоуправляемое арбитражное сообщество. Мы же, дамы и господа, только на пути к этому. Не всегда коммерческие споры заранее можно классифицировать на обычные и неарбитрабельные, хотя законодатель указывает, иногда путано и неумело, что он желал бы ограничить юрисдикцией гос. органов.

Суд должен строже анализировать те дела, где имеется оговорка о выборе иностранного арбитража, и выяснять, не приведёт ли зарубежное разбирательство к игнорированию важных публично-правовых норм из российского трудового, корпоративного, валютного, конкурентного, конкурсного и прочего законодательства. У нас нет такой судебной практики, дамы и господа. А она должна быть. Иностранцы

арбитражи вроде имеют опыт применения императивных норм разных государств, если сочтут таковые сверхимперативными. Но до наших публично-правовых норм, по большому счету, им дела нет. А реальность такова, что важная часть российского экономического оборота регулируется иностранным правом и ищет защиту в иностранных арбитражах.

6. Арбитрабельность и публичный порядок

Полагаем, что арбитрабельность не входит в понятие публичного порядка, тем более что в ст. V Конвенции они приводятся в разных пунктах как различные условия признания и исполнения арбитражных решений. Арбитрабельность относится к правоприменению, публичный порядок – к его результатам. Публичный порядок имеет дело с таким итогом рассмотрения разногласий, что хотя вроде бы по всем пунктам судебной проверки изъянов не выявлено, его последствия, тем не менее, невозможно допустить, не поколебав основы нашего правопорядка. Об этом писали отечественные и зарубежные ученые еще в XIX веке. Публичный порядок – последний предохранительный фильтр, отсеивающий неприемлемые решения, так же как он должен нейтрализовать последствия применения иностранного права. Поскольку другие такие механизмы, направленные на дисквалификацию арбитражного решения по причине его неарбитрабельности, неисполнимости и недействительности арбитражной оговорки, не отрегулированы, публичный порядок как правовой инструмент особой направленности получает чрезмерное использование и деформируется. Создаётся впечатление непредсказуемости, низкой устойчивости любых, даже самых хороших решений, а это не на пользу не только нашему арбитражному обществу, но и всей системе разрешения споров.

На этом, дамы и господа, разрешите закончить своё выступление.